

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER — FACULTÉ DE DROIT

DE LA CESSION
DES
OFFICES MINISTÉRIELS

THÈSE DE DOCTORAT ÈS-SCIENCES JURIDIQUES

PAR

MARIUS NOUGARET

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE MONTPELLIER



CARCASSONNE

Imprimerie ANDRÉ GABELLE, rue Victor-Hugo, 6

1906



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DE LA CESSION
DES
OFFICES MINISTÉRIELS

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER — FACULTÉ DE DROIT

DE LA CESSION
DES
OFFICES MINISTÉRIELS

THÈSE DE DOCTORAT ÈS-SCIENCES JURIDIQUES

PAR

MARIUS NOUGARET

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE MONTPELLIER



CARCASSONNE

Imprimerie ANDRÉ GABELLE, rue Victor-Hugo, 6

1906

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

- MM. VIGIÉ, Doyen, Professeur de Droit civil, chargé du cours d'Enregistrement.
BRÉMOND, Assesseur, Professeur de Droit administratif.
GLAIZE, Professeur de Procédure civile, chargé des cours de Voies d'exécution et de Législation financière.
LABORDE, Professeur de Droit criminel, chargé du cours de Législation et Économie industrielles.
CHARMONT, Professeur de Droit civil.
CHAUSSE, Professeur de Droit romain.
MEYNIAL, Professeur d'Histoire du Droit.
VALERY, Professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit international privé.
DECLAREUIL, Professeur de Droit romain, chargé du cours d'Histoire du Droit public français.
MARGAT, Professeur de Droit civil.
PERREAU, Professeur du Droit civil approfondi.
MOYE, Professeur de Droit international public.
RIST, Professeur d'Économie politique et d'Histoire des doctrines économiques.
PORTE, professeur adjoint, chargé d'un cours d'Économie politique.
GIDEL, chargé de cours de Droit constitutionnel.
ROCHETTE, Secrétaire,
LAURENS, Professeur honoraire.
GIRAUD, Secrétaire honoraire.
-

MEMBRES DU JURY :

MM. CHARMONT, *Président.*

GLAIZE, {
PERREAU, } *Assesseurs.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

On désigne sous le nom d'offices ministériels certaines fonctions publiques énumérées par l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816, dont le caractère commun est d'être transmissibles à prix d'argent sous la surveillance du gouvernement.

La cession d'un office est le contrat par lequel le titulaire s'engage à donner sa démission en faveur de son co-contractant en échange du paiement d'une certaine somme, sous la condition de l'approbation du gouvernement.

Une telle cession présente toutes les apparences d'une vente, mais d'une vente singulièrement anormale, la vente d'une fonction publique. On conçoit à priori que les règles du droit commun ne pourront s'y appliquer entièrement et qu'elles devront céder fréquemment devant des considérations d'ordre public.

Il importe avant tout de préciser la nature du droit transmis. Son caractère mixte de fonction publique et de valeur patrimoniale ne peut manquer d'influencer profondément les solutions à adopter.

Cette question élucidée, nous en indiquerons quelques conséquences particulièrement importantes, qui font échec au droit commun de la propriété : la destitution des officiers ministériels, la prohibition de la mise en société des offices.

La cession des offices constitue-t-elle une vente? — L'affirmative admise, nous nous demanderons quelles sont les conditions de validité de cette vente, — quelles sont parmi les diverses personnes admises en droit commun à exercer les droits d'une autre celles qui peuvent au nom ou à la place de l'officier ministériel disposer de l'office.

Les règles relatives au consentement, à la capacité, aux formes de la cession ne nous arrêteront pas longtemps. Les effets de la cession constituent la partie la plus intéressante de la matière ; c'est à leur sujet que naissent les plus nombreux conflits entre les droits des particuliers et ceux du

gouvernement, entre la qualité de propriétaire d'un droit mobilier et celle de fonctionnaire public chez le titulaire. — Si les obligations du cédant sont en principe celles du vendeur, les obligations du cessionnaire celles de l'acquéreur, les nécessités de l'ordre public en modifient profondément le caractère.

C'est surtout à propos des contre-lettres que les principes du droit civil ont été dénaturés, au point qu'on a été conduit à ne tenir aucun compte de l'art. 1321 civ. et à dénier tout effet aux contre-lettres, même entre les parties contractantes.

PREMIERE PARTIE

De la nature des offices et de ses conséquences

CHAPITRE PREMIER

Analyse du droit de l'officier ministériel sur sa charge

Les offices ministériels sont actuellement régis par l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816: « Les avocats à la Cour de cassation, notaires, avoués, greffiers, huissiers, agents de change, courtiers, commissaires-priseurs pourront présenter à l'agrément de Sa Majesté des successeurs, pourvu qu'ils réunissent les qualités exigées par les lois. Cette faculté n'aura pas lieu pour les titulaires destitués.

« Il sera statué par une loi particulière, sur l'exécution de cette disposition et sur les moyens

d'en faire jouir les héritiers ou ayants cause desdits officiers.

« Cette faculté de présenter des successeurs ne déroge point au surplus au droit de Sa Majesté de réduire le nombre desdits fonctionnaires notamment celui des notaires dans les cas prévus par la loi du 25 ventôse an XI sur le notariat. »

Quelle est la nature du droit que cet article confère aux officiers ministériels ? Sont-ils de simples fonctionnaires ? La faculté qui leur est reconnue de présenter un successeur ne leur donne-t-elle pas au contraire un véritable droit de propriété sur leur charge ?

Les deux opinions ont été soutenues. Dans sa circulaire du 21 février 1817, le garde des sceaux Pasquier écrivait : « Vous êtes sans doute bien convaincu, M. le procureur du roi, que la loi du 28 avril 1816 n'a pas fait revivre la vénalité des offices, qui n'est pas en harmonie avec nos institutions ; vous ne devez voir dans les dispositions de l'art. 91 qu'une *condescendance*, qu'une probabilité de préférence accordée aux officiers ministériels ».

En 1847, la Cour de Rouen juge (contrairement aux conclusions du procureur général Salveton) qu'une faculté de présentation, quelles que puissent être les conséquences plus ou moins forcées que l'usage ou l'abus soient parvenus à en tirer, ne saurait être assimilée à un droit de pro-

priété (1). Les officiers ministériels détiennent en effet une partie de la puissance publique, et la puissance publique si elle peut se déléguer ne peut s'aliéner.

Cette doctrine est aujourd'hui unanimement repoussée (2). Avant 1816, les officiers ministériels avaient reçu du législateur lui-même (Loi des 29 sept. 6 oct. 1791, titre IV, art. 16 — Loi du 27 ventôse an VIII, art. 92, 93, 96. — Loi du 25 ventôse an XI, art. 59 etc. etc.) le droit de traiter de leur clientèle, de leurs recouvrements et de leurs minutes. La loi de 1816 en augmentant leur cautionnement n'a pas pu diminuer l'étendue de leurs prérogatives.

Leur droit a été à plusieurs reprises reconnu par le législateur :

1° — En 1840, dans un rapport à la Chambre, M. Carl reconnaissait que « le droit de propriété des offices est consacré par la loi de 1816 et qu'aucune atteinte ne saurait être portée à ce droit ».

(1) Rouén. 29 déc. 1847, D. 48. 2. 3.

(2) BATAILLARD (*Du droit de propriété des officiers ministériels*) faisait observer que « les condescendances ne sont pas du domaine des lois ; des lois ne sont pas nécessaires pour permettre de solliciter du roi ce qui dépend de sa bonté ; elles règlent les droits de tous et ne dérogent pas à leur gravité au point d'accorder des probabilités de préférence, qui seraient d'amères dérisions lorsqu'elles ne se réaliseraient pas ».

2° — La loi du 25 juin 1841 frappe la transmission des offices d'un droit de 2 % sur le prix de cession ; c'était le droit perçu sur les ventes d'effets mobiliers. L'exposé des motifs de la loi le présente comme la conséquence « des lois qui ont fait des offices une véritable propriété ».

3° Lors de la discussion de la constitution de 1848, il fut reconnu que la propriété des offices était placée comme toutes les autres sous la protection de l'art. 11. Cet article est ainsi conçu : « *Toutes les propriétés sont inviolables. Néanmoins l'État peut exiger le sacrifice d'une propriété pour cause d'utilité publique légalement constatée et moyennant une juste et préalable indemnité* ».

4° Il ne faut voir qu'une simple confirmation du principe posé en cet article dans l'exposé des motifs de la loi du 18 juillet 1866 : « Les offices que la loi de 1816 a rendus transmissibles sont des propriétés : cela a été tant de fois reconnu et proclamé dans des documents législatifs et dans les discussions solennelles de nos diverses assemblées législatives que nous ne croyons pas nécessaire de faire autre chose que de reproduire ici l'affirmation d'un principe qui n'a jamais été contesté... ».

L'analyse du droit de propriété vient à l'appui de cette solution.

Qu'est-ce, en effet, que la propriété ? « C'est, dit l'art. 544 C. civ., le droit de jouir et de disposer

des choses de la manière la plus absolue pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». Le droit de propriété comprend trois éléments : le droit d'user de la chose, d'en percevoir les fruits et d'en disposer, l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*.

Ces trois éléments se retrouvent-ils dans le droit que l'on peut avoir sur un office ?

Les officiers ministériels ont, au moins par rapport aux tiers, le droit le plus absolu sur leur charge, puisque la destitution seule peut la leur enlever.

Ils ont aussi la faculté limitée, il est vrai, par des tarifs et des taxes, d'en percevoir les produits.

Ils ont enfin la faculté de présenter un successeur à l'agrément du gouvernement. Or « qu'est-ce que la faculté de présenter un successeur, sinon le droit de disposer de l'office et qu'est-ce que le droit de disposition sinon l'attribut essentiel de la propriété ? » (1)

Le droit de l'officier ministériel sur sa charge est soumis sans doute à de nombreuses restrictions ; mais l'art. 544 C. civ. ne nous a-t-il pas avertis que la propriété peut avoir des limites et qu'on ne peut faire des choses un usage prohibé par les lois ou les règlements ? Les limitations

(1) GARSONNET. *Traité de procédure*, I. XCVII, p. 379.

apportées à un droit ne peuvent en changer la nature (1).

A quoi tiennent ces restrictions mises au droit des officiers ministériels ? Peut-on essayer de les rattacher à une idée générale, à un principe d'où elles découleraient comme autant de conséquences logiques ?

Nous le pensons : le droit de propriété établi sur les offices au profit de leur titulaire ne doit pas nous faire perdre de vue que l'officier ministériel reste un fonctionnaire public, qu'il détient une partie de l'autorité publique. C'est grâce à la confiance des Pouvoirs publics, grâce à la délégation qui leur a été faite de la puissance publique qu'ils exercent leurs fonctions avec une autorité et une étendue exceptionnelles ; — les actes dressés par les notaires se distinguent profondément des actes rédigés par un simple particulier : ils sont revêtus de la force exécutoire et font foi jusqu'à inscription de faux. De même l'avoué diffère beaucoup d'un mandataire ordinaire ; son mandat est un mandat général et cependant « l'avoué peut faire autre chose que des actes d'administration (1988 C. civ.), donner des consentements, faire des offres et émettre des avœux qui engagent ses clients... ; il est présumé jusqu'à

(1) DUVERGIER. *Revue de législation*, 1840, p. 323.

preuve contraire avoir agi dans les termes de son mandat (1998 C. civ. 352 pr. civ.) et cette preuve contraire ne peut être administrée que dans la procédure spéciale du désaveu » (1).

Or c'est une règle incontestée de notre droit public que si la puissance publique se délègue, elle ne peut pas s'aliéner; le gouvernement a seul le droit de nommer les fonctionnaires et ne peut l'abdiquer.

Nous sommes ainsi amenés à reconnaître que l'office ministériel a selon le point de vue d'où on le considère une double nature : il est une fonction publique, hors du commerce et une valeur patrimoniale. Dans une lettre au procureur général pour l'inviter à déférer à la Cour de cassation un arrêt de la Cour de Paris du 23 Août 1852, le Garde des Sceaux distinguait soigneusement ces deux éléments : « La loi de 1816 a simplement autorisé les officiers publics et ministériels à présenter un successeur et a consacré de la sorte une distinction importante entre le *titre*, qui ne peut se vendre attendu que le Gouvernement seul le confère, et la *clientèle*, qui créée par le titulaire et résultant de son travail peut faire l'objet d'une cession pécuniaire. » (S. 54, 1.318).

Puisque le gouvernement peut seul conférer le

(1) GARSONNET. *Traité de procédure*, I, p. 368.

titre, quel est l'objet du droit de propriété appartenant à l'officier ministériel? La jurisprudence répond : c'est le droit de présentation. Nous objecterons que le droit de présentation fait participer le titulaire d'un office au droit de nomination des fonctionnaires qui est un attribut de la puissance publique : à ce titre il ne peut pas faire l'objet d'un trafic. Un officier ministériel ne tient pas le droit de présentation de son prédécesseur, mais du décret qui l'a nommé. Par une étrange contradiction, la jurisprudence après avoir reconnu un droit de propriété aux officiers ministériels le fait porter sur un objet qui n'en est pas susceptible ; de là à nier le droit des officiers sur leur charge, il n'y a qu'un pas (1).

Nous ne pouvons pas nous rallier à cette opinion. Le droit de propriété du titulaire d'un office porte sur la clientèle.

La propriété des offices existait pendant la période intermédiaire sans le droit de présentation ; ce serait une erreur de croire que la loi de 1816 l'a créée. Cette loi n'a eu d'autre effet que de donner au titulaire un mode de transmission plus

(1) Ce pas a été fait par un auteur M. Varenne (*Etude critique sur le droit de cession des offices ministériels*), cité par M. Clémenceau dans son projet de loi sur la suppression de la vénalité (*Journal officiel* 1902. Documents parlementaires -- N° 321. Sénat).

commode, de consacrer en droit ce qui existait en fait. « Le droit de présentation fut considéré comme une garantie des droits existants, non comme introductif d'un principe nouveau » (1).

L'Assemblée Constituante avait supprimé la vénalité et l'hérédité des offices (Loi du 4 Août 1789. L. 2 mars 1791 — L. 14 avril 1791. L. 29 sept. 1791 etc). Mais la vénalité se rétablit peu à peu pour les offices à clientèle grâce à la complicité du législateur, du gouvernement et des Chambres de discipline.

La loi du 29 sept. 1791 permit aux notaires « de remettre leurs minutes à celui des notaires publics qu'ils jugeront à propos de choisir parmi ceux établis dans le chef-lieu de résidence où les minutes devront être apportées et de faire sur les recouvrements telles conventions que bon leur semblera. » (Art. 5, titre 3).

D'après l'art. 16 titre IV de cette même loi, le candidat admis après le concours ne pouvait être nommé « que s'il justifiait préalablement du remboursement par lui fait à son prédécesseur ou aux héritiers de ce dernier de son fonds de responsabilité et de ses recouvrements ou d'arrangements pris à ce sujet. » Permettre ces conventions entre un notaire et son successeur, n'était-ce

(1) BATAILLARD, *Op. cit.* p. 116.

pas lui reconnaître un droit de propriété sur sa clientèle ?

La loi du 25 ventôse an XI permit aux notaires de traiter des recouvrements et des bénéfices à tirer des expéditions des actes. Ce qui est surtout à remarquer, c'est qu'elle supprima le concours et que ses auteurs justifèrent cette réforme, par le respect dû à la propriété de la clientèle.

Aussi que se passait-il ? L'officier ministériel qui voulait cesser ses fonctions cherchait un successeur et se faisait payer le prix de sa démission ; puis le postulant sollicitait de la chambre de discipline le certificat de bonnes mœurs et de capacité, nécessaire pour obtenir sa nomination, et la chambre ne l'accordait qu'à celui qui justifiait d'un traité conclu avec l'ancien titulaire ou ses héritiers. La jurisprudence reconnaissait la validité de ces cessions de clientèles (Paris, 12 octobre 1815, S. 1816, 2.39. — Bordeaux, 27 janvier 1816, S. 1816, 2.59).

Quand les décrets des 19 et 25 mars 1808 supprimèrent 112 charges d'avoués à Paris, les avoués maintenus durent payer une indemnité à ceux dont l'office était supprimé pour les indemniser de la perte de leur clientèle.

La loi de 1816 n'a fait que consacrer dans la forme légale un usage conforme aux mœurs. Cela explique que le vote de l'art. 91 ait passé inaperçu ; on ne trouve rien sur cette disposition dans les

travaux préparatoires de la loi de 1816 ; elle n'a donné lieu à aucune discussion.

C'est donc bien la clientèle qui est le véritable objet du droit de l'officier ministériel : c'est d'elle que dépend la valeur des offices : les différences qui existent entre les prix de cession de deux offices s'expliquent par la différence entre l'importance de leur clientèle. « Si la démission et la présentation étaient le seul but que se propose le futur titulaire, peu devrait lui importer d'être présenté par un officier ministériel gagnant 5.000 francs ou par un officier gagnant 50.000 fr. Loin de là, il lui importe beaucoup que ce soit à l'un ou à l'autre qu'il succède, parce qu'il achète de cet officier public quelque chose qui est le produit du travail de ce dernier, quelque chose qui fait partie de son patrimoine, sa clientèle » (1).

La chancellerie considère également la clientèle comme l'objet de la cession, puisque avant d'approuver le traité et pour apprécier si le prix est ou non trop élevé, elle exige qu'on lui fournisse un état des produits de l'étude.

Laferrière prend soin de ne pas séparer la fonction publique et le droit de présentation, tandis qu'il les oppose à la clientèle (2). « Deux éléments,

(1) Conclusions du proc. gén. SALVETON devant la Cour de Rouen, 29 déc. 1847. S. 48, 2, 72.

(2) LAFERRIÈRE. *Traité de la Juridiction administrative*, I. p. 528.

dit-il, doivent être distingués dans les offices ministériels, d'une part l'instrument de travail, le cabinet, *la clientèle*, qui constituent un capital productif de revenus au même titre que le cabinet et la clientèle d'une personne exerçant une profession libre, et qui peuvent être comme eux l'objet de transactions privées ; d'autre part, *la fonction publique et le droit de présentation, qui sont en dehors du commerce* ».

« La preuve, dit encore Bataillard, que l'objet du droit des officiers ministériels est bien la clientèle, c'est que le gouvernement en supprimant les offices devrait restituer la valeur de cette clientèle et non le montant du cautionnement. Si l'objet de ce droit de propriété était le droit de présentation, c'est la somme en échange de laquelle ce droit a été conféré, c'est-à-dire le cautionnement qu'il devrait seulement rembourser » (1).

Il est une catégorie d'officiers ministériels auxquels ces principes ne paraissent pas s'appliquer exactement : ce sont les greffiers.

Il faut bien reconnaître que pour eux le caractère de fonctionnaire public prédomine, qu'il a beaucoup plus d'importance que chez les autres officiers ; ils reçoivent directement du gouvernement un traitement fixe en sus des honoraires que

(1) BATAILLARD, *Op. cit.* p. 199.

leur payent les particuliers qui recourent à leurs services. Ils constituent dans notre législation une anomalie qui s'explique surtout par des considérations historiques et la force des traditions ; dans notre ancien droit, les greffes furent longtemps confondus avec les notariats et après en avoir été séparés, ils furent naturellement soumis aux mêmes règles, et même après la Révolution on ne s'aperçut pas que leur nature était totalement dissemblable.

Sous cette réserve ne peut-on pas dire que les greffiers ont eux aussi une clientèle ? N'ont-ils pas comme les notaires des minutes, des répertoires qui sont pour eux une source de bénéfices ? C'est une clientèle forcée, puisque les particuliers n'ont jamais le choix entre deux greffiers, mais n'est-il pas des localités où l'on ne trouve qu'un notaire, qu'un huissier dont le ministère est également à peu près forcé ? Le droit de propriété des greffiers sur leur charge a été reconnu par le législateur de la même façon que celui des autres officiers, et il faut bien le faire porter sur la clientèle si on veut le faire porter sur quelque chose, car le droit de présentation n'est pas susceptible de constituer un objet de propriété.

En résumé nous trouvons dans l'office deux éléments :

1° Une fonction publique hors du commerce dont le gouvernement seul peut déléguer l'exercice.

2° Une valeur patrimoniale, la clientèle, propriété inviolable, qui ne peut être cédée que par le titulaire de l'office.

Comment résoudre le conflit que fait naître entre le gouvernement et l'officier ministériel la nature complexe de l'office? Comment en face des droits inaliénables de l'Etat assurer le respect du droit de propriété de l'officier?

Le droit de présentation combine de la façon la plus ingénieuse ces deux choses qui paraissent inconciliables : la nomination à une fonction publique et la vente d'une clientèle. L'agrément du gouvernement sera nécessaire pour investir de la fonction le cessionnaire de la clientèle, et d'autre part le gouvernement (sauf le cas de destitution, que l'on peut assimiler à une expropriation pour cause d'utilité publique) ne pourra nommer un titulaire à la fonction qu'autant qu'il aura au préalable traité du prix de la clientèle avec le titulaire en exercice et obtenu de lui d'être présenté à l'agrément du gouvernement (1).

(1) M. LABORIE disait dans son rapport à la Cour de cassation : « La transmission des offices intéresse l'ordre public; c'est dans ce but éminemment social que l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816, au lieu d'attribuer aux titulaires la libre disposition de leurs offices, leur a conféré seulement la faculté de présenter des successeurs à l'agrément du prince. » Sous Cass. 23 mai 1854, D. 54, 1, 170.

Le droit de présentation n'est pas l'objet du droit de propriété de l'officier ministériel ; il n'est que le moyen qui lui permet de le transmettre ; c'est un mode de transmission d'un droit, non l'objet de ce droit. Sans lui l'officier ministériel aurait dans son patrimoine un bien, la clientèle dont il ne pourrait pas tirer parti ; à ce titre le droit de présentation constitue un véritable bien, ce qui explique la confusion que l'on a souvent faite entre les deux.

CHAPITRE II

Conséquences de la nature complexe de l'office

Nous avons vu en analysant la nature de l'office qu'il est impossible de la considérer comme étant exclusivement la propriété de l'officier ministériel ; son caractère de fonction publique entraîne des restrictions nombreuses aux droits du titulaire.

Le droit du gouvernement de nommer un officier ministériel n'est pas absolu ; il ne peut faire de nomination que sur la présentation du titulaire en exercice. De là la faculté pour celui-ci de céder l'office à prix d'argent comme un autre bien de son patrimoine mais sous certaines restrictions naissant du droit de contrôle du gouvernement.

Cette question fera l'objet de la deuxième partie de notre étude ; nous ne nous occuperons pour le moment que du caractère de fonction publique de l'office et de ses conséquences.

Ces conséquences sont nombreuses et importantes. L'officier ministériel peut être destitué ou suspendu, ses attributions modifiées. L'office ne peut être mis en société, ni exploité par un tiers, ni saisi.

I. — DESTITUTION

Les officiers ministériels destitués sont privés par l'art. 91 de la loi de 1816 de la faculté de présenter leurs successeurs.

§ 1. *Conditions de la destitution.* — La destitution résulte de plein droit de la dégradation civique (art. 34, 1^o c. pén.). Beaucoup d'auteurs (1) discutent la question de savoir si la faillite entraîne *ipso jure* la destitution (art. 443 et 83 c. co.); la controverse nous paraît oiseuse ; quand un officier ministériel sera en état de faillite, sa destitution sera toujours provoquée et prononcée par l'autorité compétente.

En dehors de ces deux cas, différents textes de lois ont fixé séparément pour les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation (2), les agents de change et courtiers, les greffiers, les notaires, avoués, huissiers et commissaires-priseurs les conditions de la destitution.

Agents de change et courtiers. — Aux termes de l'art. 87 C. co., le tribunal correctionnel pourra destituer les agents de change et courtiers qui auront contrevenu à l'art. 85 du même code ; cet article leur défend de « faire pour leur compte des

(1) PERRIQUET. *Traité de la propriété et de la transmission des offices*, p. 518. — DURAND. *Des offices*, n^o 343.

(2) Voy. le d^ec^ret du 22 juillet 1806 art. 49 pour les avocats au Conseil d'Etat.

opérations de banque et de commerce, de s'intéresser dans aucune entreprise commerciale. » — Dans les autres cas, le pouvoir de destituer les agents de change qui « ne se conformeront pas aux lois et règlements ou prévariqueront dans leurs fonctions », appartient au ministre des finances qui statue après avis de la chambre syndicale et après avoir entendu l'inculpé (art. 17, arrêté du 29 germinal an IX.)

Greffiers. — Les tribunaux peuvent *destituer* les greffiers qui auraient exigé des droits de greffe que les lois ne les autorisaient pas à percevoir (art. 23, L. 21 ventôse an VIII). Mais vis à vis des greffiers, la destitution est une mesure extraordinaire qui ne peut être prononcée par les tribunaux répressifs que dans les cas prévus par des lois spéciales.

En cas de faute grave des greffiers, il n'y a pas « d'autre procédure disciplinaire que la dénonciation par le parquet ou le président au garde des sceaux qui prononce la *révocation* par décret (1). Les causes de révocation sont abandonnées à l'arbitraire du gouvernement ; l'art. 92 L. 27 ventôse an VIII lui permet de révoquer les greffiers *ad nutum*.

(1) Jug. du trib. civil de Marseille, 13 janvier 1904. D. 04, 2, 265 et la note.

« La révocation est un acte administratif ; la destitution constitue une mesure disciplinaire » (1). Les effets de la révocation sont moins graves que ceux de la destitution ; le greffier révoqué n'est atteint d'aucune incapacité et d'après un grand nombre d'auteurs (2), s'il est privé de sa fonction, il conserve le droit de présentation. C'est l'opinion formulée au Sénat par M. Thézard, rapporteur de la loi du 10 mars 1898.

Ces différences entre la révocation et la destitution n'ont pas été admises par un jugement récent du tribunal de Marseille ; il considère ces deux mots comme synonymes ; il repousse l'argument tiré des travaux préparatoires de la loi du 10 mars 1898, parce que cette loi ne s'applique pas aux greffiers qui restent régis par les lois antérieures (3).

Ces divergences d'opinion n'ont rien qui surprenne en présence de l'insuffisance et de l'obscurité des textes ; mais n'est-ce pas aller bien loin que de faire résulter la déchéance du droit de présentation, c'est-à-dire une véritable confiscation d'un simple décret qui peut être motivé par

(1) Note de M. Glasson dans D. 04, 2, 265.

(2) PERRIQUET. *Op. cit.* p. 493. -- DURAND. *Op. cit.* n° 342. -- MORIN. *Discipline des cours et tribunaux*, n° 107 bis. -- Voy. aussi la note précitée de M. Glasson et les travaux préparatoires de la loi du 10 mars 1898 dans D. 98, 4, 92.

(3) Trib. civ. de Marseille, 13 janv. 1904. D. 04, 2, 265.

des causes, comme l'incapacité physique, n'impliquant nullement l'indignité du greffier révoqué ?

La loi de 1816 ne prive du droit de présentation que les officiers ministériels destitués ; les déchéances sont de droit étroit, on ne peut les étendre par analogie d'un cas à l'autre.

Notaires, avoués, huissiers et commissaires-priseurs. — Aux termes de l'art. 53 L. 25 ventôse an XI, « toutes suspensions, destitutions, condamnations d'amendes et de dommages-intérêts seront prononcées contre les notaires par le tribunal civil de leur résidence, à la poursuite des parties intéressées, ou d'office à la poursuite et diligence du commissaire du gouvernement. »

Jusqu'en 1898, la question de la destitution des avoués, huissiers et commissaires-priseurs n'était réglée que par les art. 102 et 103 du décret du 30 mars 1808 ; l'imprécision de ces textes fit que le gouvernement s'attribua le droit de les destituer sans jugement, le droit de destitution étant considéré comme la conséquence du droit de nomination.

Cet état de choses, consacré par la jurisprudence de la Cour de cassation, soulevait les plus vives protestations. La loi du 10 mars 1898 vint y remédier ; elle décide que la destitution ne pourra être prononcée contre ces officiers ministériels que par le tribunal civil de leur résidence ; son article 1^{er} reproduit textuellement l'art. 53 de la

loi de ventôse. Le même régime est donc désormais applicable aux notaires, avoués, huissiers et commissaires-priseurs.

Quel est ce régime ? Quelles sont les causes qui peuvent motiver la destitution ?

Toute faute grave peut motiver la destitution ; il n'est même pas nécessaire qu'elle ait été commise par l'officier ministériel dans l'exercice de ses fonctions (1). Les termes de l'art. 15 de l'ordonnance du 4 janvier 1843 corroborent cette opinion : « si l'inculpation paraît assez grave pour mériter la destitution du notaire inculpé... » Il nous faut conclure avec la Cour de cassation que « les infractions disciplinaires n'ont pas été définies par la loi ; dans l'impuissance de les prévoir toutes, le législateur a dû s'en rapporter et s'en est rapporté pour leur appréciation aux lumières et à la conscience des juges » (2).

§ 2. *Effets de la destitution.* — La destitution produit deux effets :

1° La déchéance des droits électoraux.

2° La perte du droit de présentation.

1° Déchéance des droits électoraux. — Elle ne

(1) La destitution fut prononcée contre un notaire coupable de s'être rendu, en qualité de maire d'une commune, l'auteur d'écritures arguées de faux. Cass. 4 janv. 87. D. 88, 1, 438.

(2) Cass. 6 nov. 1850. D. 50, 1, 525. Dijon, 19 janv. 1850. D. 50, 1, 525.

résulte de la destitution qu'à la condition d'avoir été formellement prononcée par le tribunal saisi de l'action disciplinaire. C'est là une heureuse innovation de la loi du 10 mars 1898, dont l'art. 3 a modifié l'art. 15 § 8 du décret du 2 février 1852 ; auparavant cette incapacité résultait, d'après la jurisprudence, même d'une destitution faite par décret, pourvu qu'une condamnation disciplinaire ait été prononcée judiciairement. (Cass. 30 juin 1890. D. 90, 1, 343).

2° Perte du droit de présentation. — La jurisprudence de la Cour de Cassation admet depuis plus de 50 ans que l'objet de la propriété des officiers ministériels étant le droit de présentation, ceux-ci perdent tout droit sur leur charge dès que cette faculté leur est enlevée. Or précisément, l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816 décide « que cette faculté n'aura pas lieu pour les titulaires destitués ». Dès lors le gouvernement devient seul maître de l'office et peut en disposer à son gré (1).

Cette jurisprudence, qui fut au début vivement combattue par les Cours d'appel (2) est, encore critiquée par beaucoup d'auteurs (3).

(1) Cass. 7 juillet 1847. D. 47, 1, 257. -- Req. 23 mars 1853. D. 53, 1, 61.

(2) Paris, 9 janv. 1851. D. 51, 2, 69. - Nîmes, 13 mars 51. D. 53, 2, 257. - Voy. aussi Limoges, 6 août 1888. D. 89, 2, 149.

(3) GENREAU. *Revue critique* 1853, p. 724 s. - PERRIQUET, *Op. cit.* p. 523. - DURAND. *Op. cit.*

En pratique d'ailleurs, lorsque la destitution d'un officier ministériel est prononcée, le gouvernement exige toujours du successeur qu'il désigne le versement d'une certaine somme à la Caisse des dépôts et consignations pour être attribuée à *qui de droit*. — La jurisprudence refuse obstinément de voir dans cette indemnité le prix de l'office, car le gouvernement ne vend pas les fonctions et que le successeur nommé ne tient rien de son prédécesseur. C'est un équitable dédommagement accordé aux créanciers du destitué, une indemnité purement gracieuse, un bienfait du gouvernement » (1).

La conséquence de ce caractère gracieux de l'indemnité est que l'officier destitué ne peut pas attaquer pour excès de pouvoir le décret qui fixe l'indemnité, ni le décret qui n'en fixerait pas. Ce décret est un acte de pure administration (2).

Cette théorie aboutit à rétablir dans nos lois la peine de la confiscation, abolie par la charte de 1814, contraire à nos constitutions, contraire au principe que nul ne peut perdre sa propriété que pour cause d'utilité publique et moyennant une juste indemnité. Dans la discussion de la consti-

(1) Ces expressions se retrouvent dans tous les arrêts de la Cour de cassation.

(2) Arrêts du Conseil d'Etat du 13 décembre 1845. D. 46, 3, 33 et du 17 février 1853, D. 53, 3, 33.

tution de 1848, la propriété des offices a été considérée comme inviolable au même titre que toutes les autres.

« Il est difficile, dit M. Perriquet, de reconnaître au chef de l'Etat le droit d'opérer la privation d'un bien, en vertu de textes peu explicites sur l'existence de ses pouvoirs comme sur leur étendue et de lois constitutionnelles prohibitives de la confiscation. Il est complètement impossible d'indiquer la loi qui lui confère ici la mission tout à fait extraordinaire de vendre ou de céder lui-même, fût-ce dans un but de bienfaisance, un office, comme aurait pu le faire François I^{er} ou Louis XIV; il est plus impossible encore de dire quelle loi lui permet de disposer à titre gratuit de cette valeur.... Il serait plus simple et plus conforme aux règles du droit de laisser la valeur vénale de l'office dans les biens des titulaires que de l'en faire sortir d'une main pour l'y replacer de l'autre » (1).

On a dit aussi qu'aucun texte n'obligeait le gouvernement à attribuer une indemnité à l'officier destitué. C'est une fort mauvaise raison, car le droit commun exige que nul ne perde sa chose sans indemnité : il faudrait au contraire un texte absolument formel pour justifier la solution de la jurisprudence.

(1) PERRIQUET, *Op. cit.*, p. 523.

La Cour de cassation admet à tort que l'indemnité est imposée au nouvel officier comme un équitable dédommagement accordé aux créanciers de l'officier destitué. — A quel titre en effet la recueillent-ils ? Est-ce en vertu d'un droit propre ? N'est-ce pas au contraire en leur qualité d'ayants cause du destitué et dans l'exercice des droits que leur confèrent les art. 2092 et 2093 C. civ. ? Dès lors, puisque c'est en vertu de leur droit de gage général qu'ils prennent leur part de cette indemnité, c'est bien que celle-ci appartient à leur débiteur, fait partie de son patrimoine au même titre que tous ses autres biens, en un mot qu'elle constitue le prix de l'office.

Pourrait-on soutenir le contraire quand on voit la jurisprudence reculant devant les conséquences des principes qu'elle a posés attribuer à l'officier destitué ce qui reste de l'indemnité après désintéressement de ses créanciers ? Même sans cela l'attribution qui leur est faite de l'indemnité entraîne extinction de leurs créances et tourne au profit de l'ex-officier.

Le point de départ, le principe même de cette jurisprudence, sont aussi inexacts que ses conséquences. L'office, en effet, comprend deux éléments : une fonction publique et une valeur patrimoniale, la clientèle. La faculté de présentation permet à l'officier de céder sa clientèle tout en respectant les droits du gouvernement sur la fonction.

C'est un moyen de conciliation entre des droits opposés, *un mode de transmission d'un droit et non l'objet de ce droit.*

L'officier ministériel destitué a commis une faute qui le rend indigne d'exercer ses fonctions ; estimant qu'il ne pourrait faire un bon choix en désignant son successeur, le gouvernement lui retire à la fois sa fonction et le droit de présentation, c'est-à-dire la délégation qu'il lui avait faite en le nommant d'une partie de la puissance publique ; mais il ne peut aller plus loin. Il peut bien enlever à l'officier destitué ce que celui-ci tient de lui, mais il doit respecter sa propriété, sa clientèle, qui est totalement distincte de la fonction et qu'il tient de son contrat de cession. Il est juste qu'en le destituant on lui en verse le prix.

L'autorité publique en privant un officier ministériel du droit de présentation lui enlève le seul moyen qu'il avait de tirer parti de sa clientèle ; le Gouvernement assume l'obligation de la réaliser pour son compte en même temps qu'il dispose de la fonction.

Le Gouvernement fixera donc seul les conditions de la transmission de l'office, mais il devra obliger le nouveau titulaire à payer la valeur vénale de l'office et prendre les mesures nécessaires pour arriver à une juste estimation du prix de la clientèle. S'il ne le faisait pas, nous admettrions que l'ex-officier lésé pourrait attaquer le décret — qui

nommerait son successeur — ce qu'il ne peut faire dans l'état actuel de la jurisprudence (1).

En fait, le Gouvernement qui n'a jamais usé du droit de désigner un titulaire sans lui imposer d'indemnité, n'use pas non plus du droit de la fixer arbitrairement. Respectueux des intérêts légitimes du titulaire destitué et de ses créanciers, le ministre invite le procureur général à faire fixer par le tribunal la valeur de l'office ; le tribunal prend l'avis de la Chambre de discipline, puis statue après avoir examiné les registres de l'étude et fait dresser un état des produits. On fait prendre au postulant avant sa nomination, l'engagement écrit de payer à *qui de droit* l'indemnité fixée (2).

Cette pratique est un correctif insuffisant à la théorie de la jurisprudence, car l'officier destitué ne peut pas attaquer le décret qui ne lui accorderait qu'une indemnité dérisoire, ou même celui qui ne lui en accorderait aucune ; — le nouveau titulaire ne peut pas non plus demander en justice la réduction de l'indemnité, si elle était excessive (3).

Cette jurisprudence est aujourd'hui solidement établie en dépit de son arbitraire : tous les

(1) Voy. les arrêts précités du Conseil d'Etat du 13 déc. 1845 et du 17 fév. 1853.

(2) Greffier : *Des cessions et suppressions d'offices* p. 37 s.

(3) Ainsi jugé par Cass. 5 février 1855. D. 55. 1. 17.

arrêts et jugements la considèrent comme la loi elle-même.

Nous retrouverons plus loin deux autres conséquences de la théorie de la Cour de Cassation :

A). La somme versée dans la Caisse des dépôts et consignations au profit *de qui de droit* n'est pas à la disposition de l'officier destitué ; le gouvernement a fait naître un droit direct au profit des créanciers. Dès lors l'ex-officier ne peut consentir un transport judiciaire ou volontaire en faveur d'un créancier au préjudice des autres (1).

B). Le privilège du vendeur de l'office s'est éteint avec le droit de présentation. Tous les créanciers seront payés par contribution (2).

II. — DÉMISSION PURE ET SIMPLE (VOLONTAIRE OU FORCÉE)

Il y a démission forcée lorsqu'un officier ministériel reçoit du gouvernement l'injonction de se démettre de sa charge sous la menace d'être destitué.

Un officier donnera volontairement sa démission pure et simple, lorsque voulant se démettre de sa charge il n'aura pu trouver un successeur.

(1) Bordeaux, 21 juillet 1902 D. 04.2.229. Cass. 8 déc. 1852 D. 53.1.38 et l'examen doctrinal de M. CHARMONT, *Revue critique*, 1904 p. 463. -- *Infrà* p. 127.

(2) *Infrà* p. 144.

Cette démission est une renonciation au droit de présentation.

La démission forcée fait-elle perdre le droit de présentation ? On ne saurait l'admettre : l'art 91 L. 28 Avril 1816 dit que les officiers *destitués* seront privés du droit de présentation ; on ne peut étendre cette disposition au cas de démission forcée ; toutes les lois qui établissent des déchéances ou des pénalités doivent recevoir une interprétation restrictive. Aucun texte n'établit cette peine contre l'officier ministériel qui a été forcé de donner sa démission (1).

Si l'officier démissionnaire n'a pas dans un certain délai présenté son successeur, le gouvernement désignera lui-même le nouveau titulaire ; la jurisprudence admet que, même dans ce cas, la valeur vénale de l'office appartient à l'officier démissionnaire et que le privilège du cédant peut s'exercer sur le prix (2).

Le Gouvernement a encore seul l'exercice de droit de nomination lorsqu'un officier ministériel est réputé démissionnaire pour infraction à la résidence (notaires, huissiers), pour n'avoir pas

(1) Dans ce sens. DURAND, *Op. cit.* § 343. -- TOULEMON, *du droit de propriété des offices*, p. 59. -- *Contrà*, PERRIQUET, *Op. cit.* 560.

(2) Bordeaux, 10 février 1891, D. 92.2.17 et la note de M. COHENY.

rétabli son cautionnement entamé à la suite de condamnations, pour acceptation de fonctions incompatibles, et lorsque les héritiers d'un officier ministériel ne s'entendent pas sur le choix du successeur. -- Dans tous ces cas la jurisprudence considère l'indemnité payée par le nouveau titulaire comme un prix et en tire toutes les conséquences que nous avons indiquées.

III. — SUSPENSION.

La suspension est l'interdiction temporaire des fonctions. -- La loi la prononce dans certains cas (art. 6, 23, 33 L. 25 ventôse an XI), mais comme la destitution elle est encourue pour toute faute et depuis la loi du 10 mars 1898, elle est prononcée par le tribunal de la résidence.

La suspension n'affecte nullement le droit de présentation ; l'officier suspendu conserve tous ses droits sur sa charge et peut la céder même pendant la durée de sa suspension.

IV. — CHANGEMENTS DE RÉSIDENCE ET MODIFICATIONS DANS LES ATTRIBUTIONS DES OFFICIERS MINISTÉRIELS

1. L'art. 31 de la loi de ventôse permet au gouvernement de changer la résidence des notaires en tenant compte des besoins de la population, mais seulement quand l'office est vacant.

Les tribunaux (art. 16 du décret du 14 juin 1813)

peuvent changer la résidence des huissiers. Leur décision est souveraine et n'est pas sujette à appel ni à cassation.

Aucune indemnité n'est accordée à l'officier changé, ni à ceux à qui ce changement peut porter préjudice.

2. Le droit du gouvernement de modifier les attributions des officiers ministériels est incontestable. « Les lois qui ont organisé les fonctions des différents officiers ministériels sont essentiellement des lois d'ordre public. Il est donc vrai de dire qu'elles n'ont été rendues que sous cette condition qu'elles pourraient être modifiées toutes les fois que l'intérêt de l'Etat viendrait à l'exiger » (1).

Il ne faut rien exagérer : les officiers ministériels devront supporter les modifications légères à leurs attributions (2). Mais nous ne devons pas oublier qu'ils sont propriétaires de leurs charges ; toute modification à leurs attributions qui constituerait une véritable expropriation ne pourra avoir lieu que moyennant indemnité. « Puisque la valeur

(1) DURAND. *Des offices*, p. 418.

(2) Les agents de change ont été privés par le décret du 24 mars 1898 du droit de constater par un certificat la sincérité des comptes de retour. La loi du 12 juillet 1905 qui a étendu la compétence des juges de paix a enlevé aux avoués un certain nombre d'affaires, etc.

totale est due au cas de privation totale, il devient superflu de démontrer que la valeur partielle est due au cas de privation partielle » (1).

V. — INSAISSABILITÉ DES OFFICES

D'après l'art. 2092, C. civ. « quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ».

Un office ministériel peut-il être saisi par les créanciers de son titulaire? Aucun texte de loi ne déclare les offices insaisissables ; mais leur insaisissabilité résulte suffisamment de leur nature (2).

La saisie aboutirait à la mise aux enchères de l'office et à l'adjudication au plus offrant et dernier enchérisseur. Or, il est inadmissible qu'une fonction publique puisse être mise aux enchères ; le hasard imposerait à l'Etat un candidat qu'il n'aurait pas choisi. Le gouvernement perdrait son droit de nomination et son droit de contrôle sur les conditions de la cession, notamment sur le prix ; il doit toujours pouvoir refuser son agrément au candidat qui n'offrirait pas des garanties suffisantes de capacité et de moralité, et éviter des

(1) PERRIQUET. *Op. cit.* p. 567.

(2) Amiens, 24 avril 1845, D. 45, 2, 108. Cass. 13 mai 1854. D. 54, 1, 170.

exagérations de prix dangereuses pour l'ordre public (1).

Il y a un antagonisme irréductible entre ces nécessités et l'avidité des créanciers saisissants, qui dédaigneux des intérêts moraux attachés à l'office, n'auront pour but que de le réaliser au plus haut prix possible.

L'office ne peut être cédé que par l'homme en qui les pouvoirs publics ont mis leur confiance, en lui déléguant le droit de présentation, attribut de la puissance publique.

Il faut aussi reconnaître avec Durand que « ce serait blesser toutes les convenances et porter à la dignité des fonctionnaires une atteinte irréparable que de priver un officier public de son titre au gré des rancunes de l'intérêt privé ».

Par quels moyens les créanciers de l'officier ministériel pourront-ils recouvrer le montant de leurs créances ?

Ils devront attendre que leur débiteur cède volontairement son office ; ils pourront alors adresser à la chambre de discipline une opposition à la délivrance du certificat de moralité dont le postulant ne peut se passer pour obtenir sa nomination, si celui-ci ne s'engage pas à mettre son prix à leur disposition.

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Des obligations*, I. p. 512.

Cette opposition a une très grande valeur morale, mais elle n'a aucune valeur légale. Les chambres de discipline en tiendront le plus grand compte mais leurs membres n'engageraient nullement leur responsabilité en passant outre.

La seule voie légale pour les créanciers est de faire saisir-arrêter le prix de la cession entre les mains du cessionnaire suivant les formes du code de procédure.

L'administration a pris diverses mesures très efficaces pour faciliter cette saisie-arrêt ; elle défend au nouveau titulaire de payer son prix avant la prestation de serment ; elle exige quelquefois qu'il s'écoule un certain délai entre l'installation et le paiement du prix. Elle va même jusqu'à exiger la consignation du prix ou d'une partie du prix avant l'installation. (Circulaire du 28 juin 1849.)

VI. — MISE EN SOCIÉTÉ DES OFFICES

§. 1. — *Principe : Prohibition de la Société.* — La prohibition de la société en matière d'offices est aujourd'hui un principe incontesté ; on la fonde sur des motifs d'ordre public (1). « Un contrat pareil, dit Demolombe, est une atteinte flagrante, nous ne disons pas seulement à la dignité de la fonction, mais encore à la liberté et à l'indépen-

(1) DEMOLOMBE, *Traité de droit civil*, tome 24, § 338.

dance que doit essentiellement garder un fonctionnaire dans sa charge ». Il faut autant que possible soustraire les offices aux causes qui développent l'esprit mercantile, l'âpreté au gain. Une rigoureuse probité est nécessaire dans ces fonctions ; le désir de réaliser des bénéfices ne doit pas faire oublier le point d'honneur de la fonction et les règles d'une stricte délicatesse.

Or la société tendra fatalement à faire prédominer le caractère mercantile de l'office ; les associés n'auront que des intérêts matériels à sauvegarder ; ils agiront de toutes les façons sur le titulaire pour lui faire entreprendre des opérations équivoques qui enfleront leurs dividendes. « La fonction doit être libre, dit Troplong ; et la société lui donnera des surveillants, des conseillers, des tuteurs ! En vain le devoir élèvera des barrières, l'intérêt les franchira » (1).

Une jurisprudence constante a consacré cette doctrine ; la Cour de Bordeaux a jugé par arrêt du 3 juin 1890 qu'il serait aussi contraire à l'ordre public qu'à la dignité et à l'indépendance des officiers ministériels d'autoriser l'intervention d'un tiers dans la surveillance, la direction et la gestion d'une étude, et que l'association en vue du simple partage des produits de l'office aurait les

(1) TROPLONG, *Du contrat de société*, § 93.

mêmes inconvénients et doit être frappée de la même réprobation » (1).

Depuis 1862, la nullité de ces sociétés ne peut plus faire doute : la loi du 2 juillet 1862 en autorisant sous certaines restrictions les sociétés formées pour l'exploitation des charges d'agents de change a par cela même proscrit les autres.

Ce n'est pas tout : il faut considérer comme illicites non seulement les sociétés ayant pour but l'exploitation d'un office, mais aussi les associations formées entre officiers ministériels pour mettre en commun leurs honoraires en totalité ou en partie. Un tel contrat porte aussi bien que le précédent atteinte à l'indépendance de l'officier ministériel ; il lèse les droits des particuliers en obligeant les officiers associés à se communiquer réciproquement, contrairement à l'intention de leurs clients les actes qu'ils ont reçus.

On considère encore comme nul le traité conclu entre le cédant d'un office et son successeur pour le partage des produits de l'étude à titre de prix de cession (2). Au contraire cette clause serait valable

(1) Bordeaux, 3 juin 1890, D. 98. 2. 84. Cass. 11 déc. 88. D. 90. 1. 342. Req. 25 janv. 87. D. 87. 1. 465.

(2) Ce traité serait aussi nul comme contre-lettre, car le gouvernement exigeant que le prix de cession consiste dans une somme d'argent exactement déterminée au moment de la présentation, cette clause ne pourrait figurer dans l'acte de cession ostensible.

si la participation du cédant dans les bénéfices n'était stipulée que jusqu'à concurrence du prix d'acquisition ; on ne ferait alors qu'indiquer un mode de paiement du prix (terme incertain).

On ne peut pas contester la validité de la convention par laquelle un officier ministériel attribue à ses clercs et employés une part des bénéfices à titre de rémunération. Il n'y a ici qu'une convention sur le mode de paiement d'un salaire. Ce clerc ne sera pas un associé, car il est constant aujourd'hui, dit Demolombe, « que ce mode de rémunération ne change pas son titre, et que le maître n'en peut pas moins le congédier quand bon lui semble ; donc il n'y a là de la part du maître et dans notre hypothèse du titulaire de l'office nulle atteinte à sa dignité ni à sa liberté » (1).

§ 2. — *Exception relative aux agents de change.* — La prohibition de la société en matière d'offices n'est pas sans avoir quelques désavantages : la cherté de certaines charges en éloigne des personnes très aptes à les bien gérer, mais qui manquent de la somme nécessaire à leur acquisition. Cet inconvénient se faisait surtout sentir pour les offices d'agents de change, dont le prix est extrêmement élevé.

(1) DEMOLOMBE, *Traité de droit civil*, tome 24, § 338.

La profession d'agent de change a d'ailleurs un caractère commercial très nettement accusé qui fait que ces offices répugnent moins que les autres à la mise en société (loi du 29 germinal an IV. art. 74 co.).

Cette considération s'ajoutant à la précédente, en fait et malgré la jurisprudence, ces sociétés étaient tolérées. La loi du 2 juillet 1862 a consacré un état de fait plutôt qu'elle n'a réalisé une innovation.

L'art. 75 du code de commerce, modifié par cette loi est ainsi conçu : « Les agents de change près les bourses pourvues d'un parquet pourront s'adjoindre des bailleurs de fonds intéressés, participant aux bénéfices et aux pertes résultant de l'exploitation de l'office et de la liquidation de sa valeur. Ces bailleurs de fonds ne seront passibles des pertes que jusqu'à concurrence des capitaux qu'ils auront engagés. — Le titulaire de l'office doit toujours être propriétaire en son nom personnel du quart au moins de la somme représentant le prix de l'office et le montant du cautionnement ».

Les conditions de validité de ces sociétés sont les suivantes : 1° elles ne sont autorisées que pour les offices existant auprès des bourses pourvues d'un parquet ; 2° le titulaire doit être propriétaire du quart au moins de la valeur de l'office ; 3° les bailleurs de fonds ne peuvent être

tenus que jusqu'à concurrence des capitaux qu'ils ont engagés.

La société ne porte pas sur l'office lui-même ; l'agent de change est seul titulaire de la fonction, il gère seul son office comme il lui plaît, et ses associés ne peuvent le contraindre ni à démissionner, ni à continuer ses fonctions contre son gré.

Pour assurer son indépendance, la loi oblige le titulaire à posséder le quart au moins des sommes engagées ; on n'a pas voulu qu'il fût un simple prête nom sans garanties personnelles. De ces motifs de la loi déroule l'incessibilité de ce quart.

Les associés n'ont de droit que sur les bénéfices et la valeur vénale de la charge. C'est pour cela que la loi limite leur responsabilité aux capitaux apportés : ils ne peuvent être engagés indéfiniment à raison d'actes qu'il leur est impossible de contrôler et d'empêcher.

L'art. 28 co. est sans application : l'immixtion proprement dite dans la gestion est un acte impossible, parce que la qualité de fonctionnaire n'étant reconnue qu'à l'agent de change, celui-ci seul peut agir, Tout acte de gestion fait par un associé constituerait une usurpation de fonctions.

Nous sommes en présence d'une véritable société douée de la personnalité morale, d'où il résulte que les créanciers personnels de l'agent de change ne seront pas admis au passif de la liqui-

dition de la société et que les agissements personnels de l'agent de change en dehors de ses fonctions n'engagent pas la responsabilité de ses associés.

§. 3. -- *Conséquences de la nullité des sociétés.*
— Sous réserve de l'exception résultant de la loi du 2 juillet 1862, la société formée pour l'exploitation d'un office ministériel est nulle.

Quelles sont les conséquences de cette nullité ?

S'il n'y a encore eu aucun paiement effectué en vertu de l'acte de société, tout restera en l'état ; le jugement de nullité déliera les intéressés de leurs engagements réciproques.

Mais que décider au cas où un versement a été fait en exécution de l'acte de société ? Faut-il accorder l'action en répétition ? Convient-il, au contraire de la refuser par application de la maxime : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* ?

La jurisprudence admet la répétition. La Cour de Caen a jugé que la maxime *nemo auditur*... n'a été consacrée par aucun texte de nos lois ; opposée comme une fin de non recevoir à une demande en nullité, elle est en contradiction formelle avec le texte de l'art. 1131 c. civ. Il serait, en effet, inconsequent de déclarer une obligation nulle et d'interdire aux contractants toute demande en nullité ; au contraire l'ordre public et les bonnes mœurs

sont intéressés à ce que la nullité soit prononcée afin que l'obligation illicite ne reçoive aucune exécution (1).

§ 4. *Communauté*. — La prohibition de la société ne fait-elle pas obstacle à ce qu'un office ministériel puisse tomber en communauté ? Certains auteurs le soutiennent ; Labbé est du nombre : l'office doit rester propre, parce que ce qui ne peut pas être un objet d'apport social ne saurait être un élément de la société de biens entre époux. Le mari remplit une fonction incômmunicable ; la confiance des clients n'est pas un objet de commerce ; elle est ce qu'il y a de plus inséparable de la personne ou de la fonction (2).

La jurisprudence et la plupart des auteurs repoussent ce système ; nous ne saurions non plus l'admettre. Les motifs qui s'opposent à ce qu'un office soit mis en société n'existent plus quand il s'agit de l'association conjugale ; la situation prépondérante du mari dans le ménage l'empêche de perdre l'indépendance nécessaire à sa dignité.

Des deux éléments de l'office, il en est un, la

(1) Caen, 18 janvier 88, S. 90. 2 97 et la noté de M. MEY-NIAL. -- Cass. 25 janv. 87, D. 87.1.465. -- Nous nous bornons pour le moment à constater cette jurisprudence ; nous la discuterons en traitant de la nullité des contre-lettres (*infra* p. 187).

(2) LABBÉ. Note dans S. 81, 1, 49.

fonction publique, qu'il ne saurait être question de faire rentrer dans la communauté ; elle ne constitue pas un bien susceptible de figurer dans le patrimoine du titulaire ; le mari, officier ministériel, la conservera jusqu'à son décès. Mais la clientèle est un droit susceptible d'être apprécié en argent ; elle constitue l'objet d'un vrai droit de propriété. Cette propriété étant nécessairement mobilière, l'office tombe en communauté par application de l'art. 1401 C. civ.

Tels sont les principes ; en voici les applications pratiques :

Sous le régime de la communauté légale, l'office acquis avant ou pendant le mariage tombe en communauté, que l'acquisition ait eu lieu à titre onéreux ou à titre gratuit. — Au contraire l'office restera propre si le donateur a voulu qu'il fût exclu de la communauté, ou si l'acquisition a été faite en remploi d'un propre du mari (art. 1407 civ.). La jurisprudence n'exige pas pour la validité du remploi l'accomplissement des formalités exigées par les art. 1434 et 1435 C. civ. ; il suffit que l'intention des parties résulte nettement des circonstances de la cause.

L'adoption d'un régime de communauté conventionnelle aura le plus souvent pour but d'exclure l'office de la communauté.

Sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, les bénéfices réalisés par le titulaire

tomberont seuls en communauté. — La plus-value acquise à l'office propre du mari lui sera-t-elle propre ? Tombera-t-elle en communauté ? Si cette plus-value est due à des causes fortuites, générales, on est d'accord pour admettre qu'elle profite exclusivement au mari. Ne faut-il pas au contraire faire tomber en communauté, par application de l'art. 1498, la plus-value résultant de l'industrie du mari ? Ne constitue-t-elle pas un acquêt dû à son activité ?

Nous répondrons qu'un immeuble propre peut augmenter de valeur grâce à la bonne administration du mari ; or, si cet immeuble est ensuite aliéné, l'augmentation de valeur n'en restera pas moins propre à celui des conjoints qui en était propriétaire ; la communauté (1436 civ.) devra récompense d'une somme égale au prix de l'aliénation. — Quel motif avons-nous d'admettre une solution différente pour les meubles et pour les immeubles ? Un arrêt de la Cour de cassation du 14 avril 1893 (1) a jugé fort justement qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre la plus-value résultant de l'augmentation générale des charges et celle qui serait due à l'intelligence et au travail du titulaire. Dans l'un ni l'autre cas cette plus-value ne constitue un objet distinct de l'office lui-même

(1) Cass. 14 avril 1893. D. 93, 1, 351.

dans le véritable sens du mot ; les conquêts comprennent seulement les objets ayant une existence distincte et non l'accroissement d'objets propres à un époux.

Cette solution est conforme à l'intention probable des parties, car le mari exposé à souffrir de la diminution de valeur de son office doit seul profiter de la plus-value. — La solution contraire, qui avait été admise par un arrêt de la Cour de Paris (1), soulèverait lors de la liquidation de la communauté des difficultés insurmontables ; comment arriverait-on à distinguer dans la plus-value acquise à un office la part provenant de causes fortuites de celle qui est due à l'industrie du mari ?

Après la dissolution de la communauté, il faudra liquider les droits des conjoints ou de leurs ayants-cause sur l'office commun. — Si la communauté est dissoute par la mort du mari, ou si le mari démissionne volontairement, il n'y a pas de difficulté : la valeur de l'office rentrera dans la masse à partager comme tout autre bien.

Mais si la communauté est dissoute pour toute autre cause, le mari restant en fonctions, il n'y a aucun moyen de le forcer à céder l'office : l'ordre public exige que l'exercice des fonctions publiques

(1) Paris, 8 avril 1869. D. 69, 2, 237.

ne puisse pas être troublé par la satisfaction des intérêts privés. Si l'analyse juridique parvient à distinguer deux éléments dans l'office, en fait il est impossible de les séparer. Les modes ordinaires de transmission de la propriété ne s'appliquent pas aux offices : le mari ne peut perdre malgré lui sa qualité d'officier ministériel, ni être forcé d'user du droit de présentation quand il ne juge pas à propos de le faire. L'office lui restera donc propre ; il devra à la communauté récompense de sa valeur.

La Cour de cassation a fort nettement dégagé cette idée que c'est là pour le mari une pure faculté dont il est libre d'user ou de ne pas user (1). S'il le laisse à la communauté, l'office est et demeure un véritable conquêt et le prix provenant de la cession fait partie de l'actif commun : il ne pourra être saisi que par moitié par les créanciers du mari.

S'il garde l'office comme propre, le mari devra récompense à la communauté de la valeur de l'office au jour de la dissolution, car c'est à ce moment que se fixent les droits des conjoints, que leurs intérêts deviennent distincts.

Cette récompense sera-t-elle immédiatement exigible ? Il est préférable de s'en tenir à l'idée de Guillovard (2) : cette valeur ne sera exigible qu'au

(1) Cass. 6 janv. 1880, S. 81. 1. 49.

(2) GUILLOVARD. *Traité du contrat de mariage*, I. p. 360.

« moment où le mari cédera son office, car il est impossible dans un intérêt d'ordre public de créer des difficultés à un officier ministériel qui reste et qui a le droit de rester en fonctions ».

DEUXIEME PARTIE

De la Cession des Offices

CHAPITRE PREMIER

Nature du contrat de cession

Nul ne conteste qu'un officier ministériel n'ait le droit en présentant son successeur de mettre un prix à sa démission. L'art. 6 L. 26 juin 1841 est formel : « Tout traité ou convention ayant pour objet la transmission à titre gratuit ou *onéreux* en vertu de l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816, d'un office.... devra être constaté par écrit ». La jurisprudence et la doctrine sont d'accord sur ce point, mais le désaccord commence quand il s'agit de déterminer la nature de la transmission à titre onéreux d'un office.

Vers 1830, la jurisprudence n'a voulu voir dans la cession d'un office qu'un contrat innommé

mettant une obligation de faire à la charge du cédant et une obligation de donner à la charge du cessionnaire. A la même époque, Dard écrivait : « Ce n'est pas d'après les principes stricts du droit un contrat de vente, puisque l'office qui est la chose vendue est dans la disposition du prince, qui peut seul en pourvoir la personne qui lui est présentée.... Mais c'est un de ces contrats que les jurisconsultes romains appelaient contrats innommés et pour lesquels ils avaient introduit l'action *præscriptis verbis* » (1).

Par une étrange inconséquence, cet auteur après avoir dénié à la cession d'office les caractères de la vente accordait au cédant non payé le privilège du vendeur.

En 1853, la Cour de cassation juge encore que la cession d'office est un contrat *sui generis* qui ne peut en tous points être assimilé à la vente.

Quelles sont les raisons qui pendant un quart de siècle ont fait hésiter jurisprudence et doctrine ?

1° La chancellerie prohibe l'emploi du mot « vente » dans les cessions d'offices. « On doit rejeter de tout traité les termes : vend et vente, qui ne sauraient s'appliquer exactement à une convention d'un caractère aussi spécial ».

On ne peut se laisser arrêter par cet argument,

(1) DARD, *Office*, p. 208.

et cela pour deux raisons : si la cession d'un office peut constituer une véritable vente dans les rapports du cédant et du cessionnaire, il n'en est pas de même dans les rapports des parties avec le Gouvernement. L'officier démissionnaire vend sa clientèle à son successeur, mais vis-à-vis de l'Etat l'office est une fonction publique, hors du commerce. Nous avons déjà dit comment le droit de présentation combine la vente d'une clientèle et la nomination à une fonction publique : mais il faut distinguer ces deux choses ; le gouvernement ne peut laisser dire qu'il vend les fonctions publiques.

Il convient en outre d'observer, — car la jurisprudence paraît l'avoir trop souvent oublié, — que les décisions de la chancellerie n'ont aucune force législative. Incontestablement, elles s'imposent en fait aux contractants, puisqu'elle a le droit absolu de refuser tout candidat qui ne lui plairait pas pour quelque motif que ce soit ; cela lui permet de mettre à la nomination des officiers ministériels les conditions les plus arbitraires, de faire modifier à son gré les termes ou les clauses du contrat de cession. Mais quand on étudie la nature de ce contrat, ses décisions n'ont aucune valeur théorique : elles ne s'imposent pas aux tribunaux, mais uniquement aux candidats qui sollicitent leur nomination et cela pour des raisons absolument indépendantes de la nature de la cession.

2° Les règles établies pour les cessions d'offices dérogent au droit commun de la vente. Le cédant d'un office n'a pas le droit de faire résoudre la vente au cas de non paiement du prix, par dérogation à l'art. 1654 du Code civil. — La cession d'office n'est pas une vente, car le traité de cession doit être soumis à l'agrément du chef de l'Etat. Enfin l'office ministériel ne peut être vendu aux enchères comme tout autre bien.

Ces trois dérogations au droit commun sont facilement explicables et ne modifient pas la nature du contrat. Nous avons déjà parlé de l'insaisissabilité des offices : c'est toujours le même principe qui explique l'absence du droit de résolution : l'ordre public est intéressé à ce qu'un fonctionnaire public ne soit pas troublé dans l'exercice de ses fonctions par la satisfaction des intérêts privés ; la clientèle est si intimement unie à la fonction qu'on ne peut les séparer.

Quant à la nécessité de l'agrément du chef de l'Etat, elle a seulement pour effet de transformer la cession d'office en une vente sous condition suspensive ; or, comme le dit M. Perriquet, « l'existence d'une condition à la réalisation de laquelle est subordonnée la perfection de la vente, ne la fait pas dégénérer en une autre espèce de contrat » (1584 civ.) (1).

(1) PERRIQUET. *Propriété et transmission des offices*, p. 229.

Les particularités du contrat de cession d'office, les exigences de la chancellerie n'empêchent plus actuellement la jurisprudence et la doctrine de le considérer unanimement comme un contrat de vente.

L'analyse juridique du contrat de cession d'office et du contrat de vente, les expressions employées par divers articles de lois nous imposent cette opinion.

Les officiers ministériels ont sur leur charge un véritable droit de propriété ; la clientèle est un meuble incorporel (1). Or tout droit de propriété peut faire constituer l'objet d'une vente, à moins qu'un texte formel ne le mette hors du commerce. Or nous avons au contraire un texte, l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816 qui autorise la transmission à titre onéreux des offices ministériels.

Quant à l'argument qui consiste à dire que l'obligation du cédant n'est qu'une obligation de faire, Durand en a fait justice en ces termes : « La vente est la convention par laquelle l'un des contractants transfère ou s'engage à transférer la propriété d'une chose moyennant un prix que l'autre paie ou promet de payer. On a nié que l'engagement pris par un officier ministériel de présenter en échange d'un équivalent pécuniaire

(1) Lyon, 22 juin 1865, S. 66. 2. 16. — AUBRY ET RAU, § 266.
— DEMOLOMBE, IX, n° 437.

un successeur à l'agrément du chef de l'Etat eût les caractères de ce contrat. Une telle convention donnerait lieu simplement à une obligation de faire ; ce serait le contrat innommé *do ut facias*, si on le considère du côté du cessionnaire, *facio ut des*, si on le considère au point de vue du cédant.

« L'erreur ici se touche du doigt. Oui, dirai-je, le cédant s'oblige à faire, puisqu'il s'oblige à désigner pour son successeur l'aspirant qui a traité avec lui. Mais toute vente, quel que soit l'objet vendu, n'entraîne-t-elle pas l'obligation de faire ? Le vendeur n'est-il pas toujours tenu à délivrer ? L'officier a disposé en faveur d'autrui du droit exclusif qu'il avait d'exercer des fonctions lucratives. En présentant le cessionnaire pour lui succéder, il exécute le contrat de la même manière que le vendeur d'un immeuble exécute le sien en mettant l'acheteur en possession, en faisant remise par exemple des clés, si l'objet vendu est une maison » (1).

Trouve-t-on dans la cession d'office les éléments de la vente ? Il résulte de l'art. 1582 civ. que la vente comprend trois éléments : le consentement, une chose, un prix. Or la cession d'office réunit ces trois éléments puisque le cédant trans-

(1) DURAND. *Des offices*, p. 237, § 216.

met à prix d'argent une chose appréciable en argent, un meuble incorporel, la clientèle. « Dans la pensée du législateur, dit M. Chavegrin, le droit de présentation (nous dirions la clientèle) est une valeur analogue aux actions financières et aux obligations commerciales de l'art. 529 civ. Comme elles, il se résout en une somme d'argent plus ou moins forte selon la circonstance ; comme elles, il s'exploite dans la forme d'une créance pécuniaire qui est à la fois son équivalent et sa représentation sensible » (1).

L'ordonnance du 29 mai 1816 interprétant l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816, reconnaît aux agents de change la faculté de « *disposer* de leurs offices avec l'agrément du roi ». L'ordonnance du 3 juillet 1826 parle aussi de la transmission des offices. Il n'est plus question d'une simple faculté de présentation, mais d'un vrai droit de disposition ; c'est admettre que le contrat intervenu entre un officier ministériel démissionnaire et son successeur a pour objet la vente d'une clientèle.

La loi du 21 avril 1832 art. 34 et la loi du 25 juin 1841 dans ses articles 6 et suivants appliquent aux cessions d'offices les droits de mutation applicables aux ventes mobilières. Le rapporteur de la loi de 1841, M. Rivet, déclara que la cession d'office était assimilée en fait depuis l'an VIII et

(1) CHAVEGRIN, *Cession à titre onéreux des offices min.* p. 130.

devait être assimilée dans l'avenir, tant qu'une loi n'en aurait pas décidé autrement à une vente d'effets mobiliers.

La Cour de Lyon dans un arrêt du 24 juillet 1850 se prononça formellement en ce sens : « Une vente d'office est soumise à une condition suspensive qui dépend du gouvernement, à savoir l'investiture que le pouvoir exécutif dans la plénitude de son indépendance a toujours le droit d'accorder ou de refuser; mais à la réserve de ce droit qui ne peut jamais être atteint, une vente d'office dans les rapports qu'elle crée entre ceux qui l'ont consentie, n'est autre chose qu'une vente ordinaire, qu'une cession de droits, qui reste assujettie, comme toutes les conventions privées à la juridiction privée et aux règlements ordinaires du droit » (1).

Nous concluerons avec M. Garsonnet « que dans les rapports des officiers et de leurs successeurs, l'office est un meuble, le droit du titulaire une propriété et la transmission de l'office un contrat de vente » (2).

La nature du contrat de cession d'office nous est connue : c'est une vente. Ce sera donc d'une manière générale les règles de la vente, détermi-

(1) Lyon, 24 juillet 1850. *Journal des Palais*, 1852, 2, 230.

(2) GARSONNET. *Traité de proc.* I. § 232, 2^e éd. — Voy. aussi P. G. SALVETON, sous Rouen, 19 déc. 47, D. 48. 2. 1.

nées par les articles 1582 et suivants du Code civil, que nous aurons à appliquer à la cession à titre onéreux des offices, en examinant successivement :

- 1° Les conditions de validité de la cession ;
- 2° Les effets de la cession ;
- 3° Les contre-lettres.

Les principes de la collation des fonctions publiques, les décisions de la chancellerie seront souvent en opposition avec les règles de droit civil applicables à la vente de la clientèle. Il faudra nous efforcer de résoudre ce conflit en conciliant dans la mesure du possible le respect dû à la propriété privée avec les légitimes exigences de l'ordre public.

CHAPITRE II

Conditions de validité de la cession

I. QUI PEUT CÉDER UN OFFICE ?

A qui appartient la jouissance du droit de présentation ? En droit commun une vente peut être consentie non seulement par le titulaire du droit de propriété, mais aussi à son décès par ses héritiers ; ses créanciers ont droit à la valeur de tous ses biens.

Faut-il appliquer les mêmes principes à la cession d'un office ? Les héritiers, les créanciers, les associés de l'officier ministériel, s'il est agent de change ont-ils la faculté d'exercer le droit de présentation ?

§ 1. *Titulaire.* — Pour pouvoir céder l'office, le titulaire doit avoir été investi du droit de présentation par le gouvernement, c'est-à-dire qu'il doit avoir été déjà nommé, et la nomination n'est faite par le gouvernement que sous la condition que le

cessionnaire versera son cautionnement et prêtera serment (1).

Il ne suffit donc pas pour pouvoir céder l'office d'avoir traité avec son prédécesseur, car celui-ci ne peut vendre que ce qui lui appartient, la clientèle. Il faut encore avoir été nommé (2) : cette exigence est toute naturelle : l'officier ministériel ne tient pas son droit de présentation du contrat de cession, mais bien du décret de nomination. Jusqu'à la nomination, le cessionnaire n'est qu'un propriétaire sous condition suspensive.

Il doit aussi avoir versé le cautionnement et prêté serment (3). La Cour de Bordeaux a jugé par arrêt du 2 juin 1840 que les héritiers d'un officier ministériel décédé sans avoir versé son cautionnement n'ont aucun droit à la propriété et à la transmission de la charge du *de cujus*.

Cette condition se confond avec celle de la prestation de serment puisque l'art. 11 de la loi du 27 ventôse an IX dispose : « Le tribunal ne pourra admettre à la prestation de serment que ceux qui justifieront de la quittance du cautionnement ».

Nul ne peut exercer son droit de présentation, s'il n'a au préalable prêté serment. La prestation

(1) PERRIQUET, *Op. cit.* p. 238.

(2) Décisions min. just. 1^{er} mars 1832, 18 juillet 1836.

(3) L. 27 ventôse an IX, art. 11.

de serment doit avoir lieu dans les délais fixés par la loi pour les notaires et les huissiers à peine de déchéance (1). La déchéance n'a pas lieu de plein droit : il est admis que le tribunal appréciera les motifs du retard après que le postulant aura fourni ses explications (2).

Pour les autres officiers ministériels, la loi n'a pas statué : la chancellerie apprécie les causes du retard apporté à la prestation de serment, et se réserve le droit de rapporter le décret de nomination, si le retard lui paraît excessif et injustifié.

En somme, le cessionnaire d'un office ne peut exercer son droit de présentation qu'à partir de son installation ; en sens inverse jusqu'à quel moment le titulaire peut-il exercer ?

En principe, le droit de présentation persiste tant que le cessionnaire n'a pas été nommé, ou que le titulaire n'a pas été destitué : il s'éteint aussi au cas de démission pure et simple.

§ 2. *Héritiers*. — La question de la transmissibilité du droit de présentation aux héritiers est totalement distincte de celle de la transmissibilité de la valeur vénale de l'office ; il est incontestable que la propriété incorporelle représentée par

(1) Ce délai est de 2 mois pour les notaires et d'un mois pour les huissiers (décret du 14 juin 1813, art. 11).

(2) Décision du Garde des Sceaux, 29 mai 1837.

l'office figure dans l'actif héréditaire au même titre que tous les autres biens.

Mais en est-il de même de la faculté de présentation ? La loi en déléguant à un officier public une parcelle de l'autorité publique n'a-t-elle pas voulu limiter cette délégation à lui seul ? Le titulaire destitué « n'a plus en lui le principe de ce droit de délégation par lequel le législateur l'associait à la puissance publique par le choix de son successeur. Comment ce droit qui s'efface avec le caractère public du titulaire pourrait-il passer sur la tête de tout autre personne privée ? » (1)

Nous n'avons sur la matière qu'un texte insuffisant, le § 2 de l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816 : « Il sera statué par une loi particulière sur l'exécution de cette disposition et sur les moyens d'en faire jouir les héritiers et ayants-cause des dits officiers ».

L'imprécision de cet article a été la cause de la controverse. Il est susceptible de deux interprétations opposées. Certains jurisconsultes l'ont ainsi analysé :

1° Les officiers ministériels non destitués ont le droit de présenter un successeur ; 2° il est réservé à une loi spéciale de faire participer, s'il y a lieu, à ce droit de présentation les héritiers ou ayants-cause des dits officiers. La loi annoncée n'a point

(1) Rapport LABORIE, Cass. 23 mai 1854, D. 54, I. 170.

été faite, et du moment qu'il n'a rien été ajouté aux dispositions de l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816, il ne peut légalement appartenir qu'au titulaire de présenter un successeur (1).

On fait valoir à l'appui de ce raisonnement un argument tiré des travaux préparatoires de la loi de 1816. L'art. 91 a été modifié lors de la discussion. Le projet du gouvernement portait : « Les avocats à la Cour de cassation, les notaires, etc... et *leurs veuves ou enfants* pourront présenter, pour les remplacer, des sujets qui réunissent les qualités exigées par les lois ». Or cette rédaction n'a point été admise : il en résulte qu'en supprimant les mots « veuves ou enfants » on a voulu n'accorder qu'aux titulaires mêmes des offices le droit de présentation ; le § 2 de l'art. 91 ne peut s'entendre que dans un sens : l'ajournement de la question.

Un arrêt de Cour de Caen trancha les controverses en ce sens : « Attendu que suivant le § 2 de l'art. 91, il doit être statué par une loi particulière sur l'exécution de cette disposition et les moyens d'en faire jouir les héritiers ou ayants-cause des dits officiers ; mais que cette loi n'a pas encore été promulguée ; que légalement parlants les héri-

(1) Réquisition écrite du procureur général près la Cour de cass. S. 54, 1. 316.

tiers et ayants-cause n'ont encore que l'expectative d'un droit promis et non acquis... » (1).

Le Garde des Sceaux, tout en contestant la transmissibilité aux héritiers du droit de présentation, ajoutait : « L'usage s'est toutefois établi d'admettre les héritiers d'un officier décédé à présenter son successeur. Cet usage fondé sur l'intérêt des familles dont toute la fortune a été souvent employée à l'acquisition des offices doit être et sera respecté » (2).

Cette pratique de la chancellerie n'était pas suffisante pour assurer le respect des droits des héritiers : leur sort eut été à la discrétion du gouvernement, qui aurait pu, suivant son bon plaisir, accepter la présentation faite par les héritiers ou nommer directement le titulaire de l'office. Sans doute les héritiers auraient toujours perçu l'indemnité imposée au nouvel officier puisque nul n'a jamais contesté leurs droits à la valeur vénale de l'office, mais ils n'auraient pas pu débattre librement le prix de l'office ; ils auraient perdu le privilège du vendeur.

La Cour de cassation ne s'est pas arrêtée à la théorie trop arbitraire du garde des sceaux ; dans un arrêt du 23 mars 1854, après un savant rapport

(1) Caen, 12 juillet 1827, D. Rép. V^o *Officiel*, n^o 390, note.

(2) Lettre du ministre au procureur général de la Cour de cass. D. 54. 1. 174.

de M. Laborie, elle a reconnu le droit des héritiers. « Le texte du § 2 de l'art. 91 en réservant à une loi particulière le soin de statuer sur les moyens de faire jouir du bénéfice de la disposition nouvelle les héritiers ou ayants-cause des officiers publics *suppose nécessairement en leur faveur l'existence du droit.* »

Si l'art. 91 se prêtait à la rigoureuse acception qu'on a voulu lui donner, « ne faudrait-il pas aller plus loin et décider que, pour les titulaires eux-mêmes, il n'y a encore que l'expectative d'un droit promis mais non acquis ; car à leur égard aussi, il doit être statué par une loi particulière sur l'exécution de cette disposition ? N'est-il pas plus vrai de dire au contraire que, si le législateur ajourna le soin de régler le mode d'exécution, *il proclama et consacra à l'instant même le droit* ? Ne faut-il pas reconnaître que l'absence de la loi promise ne peut pas nuire à un droit consacré par l'art. 91, et qui n'a plus besoin de recevoir que des moyens et des règles d'exécution » (1).

On peut invoquer à l'appui de cette opinion plusieurs textes législatifs. Les ordonnances des 29 mai et 3 juillet 1816 reconnaissent formellement aux veuves et enfants des agents de change et courtiers décédés en fonctions le droit de présen-

(1) Rapport LABORIE, D. 54, 1. 170.

ter des successeurs sous les mêmes conditions. Or, une ordonnance ne peut suppléer à une loi : elle ne peut que l'interpréter ; les ordonnances précitées seraient insuffisantes pour créer un droit au profit des héritiers, si l'art. 91 ne le leur avait lui-même accordé. Elles confirment l'interprétation que nous donnons de l'art. 91. Un ordre du jour de la Chambre des députés du 10 septembre 1830 résolvait la question en faveur des héritiers. La loi du 25 juin 1841 qui fixe les droits applicables aux traités à intervenir entre héritiers pour la transmission de l'office à l'un d'eux implique la légalité de ces traités.

D'ailleurs les héritiers ne méritent-ils pas au même titre que le titulaire la confiance des pouvoirs publics ? On n'a pas à craindre qu'uniquement soucieux du côté mercantile de la cession, ils fassent un usage abusif du droit de présentation. « Continuateurs de la personne du défunt, ils ont comme lui un double intérêt, un intérêt d'honneur autant qu'un intérêt de fortune à faire choix d'un successeur qui réunissant de suffisantes conditions d'aptitude et de moralité doive maintenir l'importance et le renom de l'office cédé et ne les expose pas au risque de voir périr par une destitution le privilège destiné à assurer le paiement du prix ».

Quelles sont les personnes que l'art. 91 désigne sous le nom d'héritiers ? D'après l'arrêt du

23 mai 1865, le mot « héritiers » a un sens très général : il comprend les héritiers légitimes ou naturels, les légataires et donataires universels et à titre universel.

La présentation du successeur de l'officier décédé sera faite par tous les héritiers collectivement pendant l'indivision et après le partage par celui dans le lot duquel l'office aura été mis (1).

Pendant l'indivision, tous les héritiers devront se mettre d'accord pour le choix du candidat à présenter : la majorité des héritiers n'a pas qualité pour signer le traité de cession. Dans le cas de désaccord entre les héritiers, le gouvernement les mettra en demeure d'exercer leur droit de présentation, puis il fera fixer la valeur de la charge suivant les mêmes formes qu'en cas de destitution, et il nommera d'office le nouveau titulaire. Le décret de nomination devra lui imposer le paiement d'une somme égale à la valeur de l'office.

Rien ne s'oppose à ce que le ministre nomme de la sorte le candidat désigné par la majorité des héritiers. C'est ce qu'a fait le Ministre de la Justice dans une décision du 23 mai 1846 (2).

(1) GARSONNET, *Traité de procédure*, 2^e édit. p. 395, § 136.

(2) D. 46. 3. 132.

§ 3. *Créanciers*. — Les offices ministériels sont insaisissables du vivant de leur titulaire. — Les créanciers pourront-ils après sa mort se faire subroger par jugement aux droits des héritiers et exercer à leur place le droit de présentation ?

La jurisprudence l'a admit pendant un certain temps : elle ne voyait dans l'exercice du droit de présentation qu'un droit purement pécuniaire. La Cour de Paris dans un arrêt du 23 août 1852 (1) avait décidé que les créanciers peuvent, au cas d'inaction des héritiers du titulaire, se faire autoriser par justice à présenter son successeur. La Cour de Colmar avait fondé une décision rendue dans le même sens sur ce « que l'on ne peut prétendre que le droit de présentation est purement personnel aux héritiers et que les créanciers ne peuvent pas les contraindre à l'exercer, puisque la loi désigne en même temps les ayants-cause, puisqu'elle met sur la même ligne les héritiers et les ayants-cause, qu'elle n'a pu désigner sous cette qualification que les créanciers qui devant percevoir le prix de cet office sont les premiers intéressés à ce que la vente ait lieu au prix le plus convenable... » (2).

Après le décès d'un officier ministériel, les

(1) Paris, 23 août 1852. D. 54, 1, 171.

(2) Colmar, 29 mai 1835. D. Rép. V^o *Office*, § 92 p. 122 note.

raisons d'ordre public que l'on avait fait valoir contre la saisissabilité de l'office n'existent plus : l'office est sans titulaire ; il faut de toute force que la fonction reste un certain temps vacante. — Qu'importe alors que le successeur soit désigné par les créanciers ou par les héritiers ? — L'art. 91 de la loi du 28 avril 1816 accorde le droit de présentation aux héritiers et ayants-cause ; or que faut-il entendre par ayants-cause sinon tous ceux qui exercent les droits du défunt.

Avec juste raison, la Cour de cassation en a décidé autrement : les créanciers n'ont de droits que sur la valeur vénale de l'office, sur la clientèle.

Si pour empêcher un débiteur négligent de nuire à ses créanciers en laissant dépérir son patrimoine, la loi leur permet d'exercer de son chef les droits et actions qui lui appartiennent, l'art. 1166 du Code civil fait exception pour ceux qui sont exclusivement attachés à la personne. Or « pour les héritiers ou ayants-cause, comme pour les titulaires eux-mêmes, cette faculté a un caractère essentiellement personnel ; il répugne à sa nature de pouvoir se détacher de l'office même dont elle est une dépendance pour être déléguée ou transmise à des tiers ; elle ne constitue donc pas un droit cessible que l'action des créanciers puisse atteindre au moyen d'une saisie, d'une délégation, d'une subrogation ou par toute autre

voie, et qu'il leur soit permis d'exercer au lieu et place de leur débiteur ou de céder à autrui » (1).

« Les créanciers du titulaire sont après sa mort ce qu'ils étaient avant ; leur titre n'a pas changé par cet événement. Ce qu'ils ne pourraient pas faire leur débiteur vivant, par quelles raisons pourraient-ils le faire ensuite ? — Ils ne peuvent pas plus se faire subroger après le décès de leur débiteur à l'exercice du droit de présentation qu'ils ne pourraient de son vivant se faire céder ou déléguer ce même droit, soit pour l'exercer au lieu et place du titulaire, soit pour le céder eux-mêmes à d'autres. Ce droit est personnel ; il ne peut jamais être exercé qu'à l'occasion de la transmission même de l'office auquel il est attaché et par ceux (titulaires ou héritiers) qui *personnellement investis, l'exercent de leur chef et non jure alieno* (2).

Les créanciers ne peuvent pas être considérés comme les ayants-cause du titulaire dans le sens de l'art. 91 de la loi de 1816 ; cette expression désigne les légataires universels et à titre universel du *de cujus*.

Les créanciers n'ont pas l'exercice du droit de présentation ; ils n'ont de droits que sur la valeur vénale de l'office ; nous avons indiqué plus haut

(1) Cass. 23 mai 54. D. 54, 1, 171. Voy. aussi BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE : *Traité des oblig.* I, p. 513.

(2) Rapport LABORIE. D. 54, 1, 170.

les moyens que la loi leur permet d'employer pour la sauvegarde de leurs droits (1).

§ 4. *Associés.* — La loi du 2 juillet 1862 permet la formation de sociétés pour l'exploitation des charges d'agents de change près les bourses pourvues d'un parquet. Les associés peuvent-ils exercer le droit de présentation, ou bien ce droit est-il personnel au titulaire et à ses héritiers? Cette faculté serait pour eux très importante, car il leur serait évidemment plus facile de former une société avec un titulaire qu'ils auraient choisi.

MM. Lyon-Caen et Renault leur reconnaissent le droit de présentation : « L'art. 91 de la loi du 28 avril 1816 a mis dans le commerce la valeur du droit de présentation aux offices ministériels. La loi du 2 juillet 1862 a été plus loin pour les agents de change, en leur permettant de mettre cette valeur en société. C'est le droit de présentation que la société a pour objet pendant sa durée, et par suite, après sa dissolution, le droit de présentation est indivis entre le titulaire ou ses héritiers d'un côté, et les bailleurs de fonds de l'autre. Il est vrai qu'aucun texte ne consacre cette solution, mais cela tient à ce que les lois et ordonnances relatives au droit de présentation sont bien

(1) Voir 1^{re} Partie, p. 38.

antérieures à 1862, c'est-à-dire qu'elles remontent à une époque à laquelle le droit de former une société était refusé à tous les agents de change sans exception. Le décret du 7 octobre 1890 (art. 3) se borne à indiquer que les présentations seront faites conformément à l'art. 91 de la loi de 1816. Du reste cet article mentionne encore parmi les personnes ayant le droit de présentation, à côté des héritiers de l'officier ministériel ses ayants-cause. Cette dernière qualification convient très bien aux bailleurs de fonds d'un agent de change; la société implique la cession partielle du droit de présentation à leur profit » (1).

L'opinion de MM. Lyon-Caen et Renault est trop contraire aux principes que nous avons exposés dans notre première partie, pour que nous puissions l'adopter. Les associés n'ont de droits que sur ce qui, dans l'office, constitue un objet de propriété privée, la clientèle; le droit de présentation n'est conféré par les pouvoirs publics qu'à l'officier ministériel. On conçoit très bien que les associés aient droit à la valeur vénale de l'office sans avoir le droit de participer à la faculté de présentation. Ce droit est purement personnel à l'agent de change; pour qu'il pût être reconnu aux associés, il faudrait que la loi du 2 juillet 1862 le

(1) LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, IV, n° 879.

leur eût formellement concédé ; or elle ne l'a point fait.

Quant à l'interprétation du mot, « ayants-cause » nous avons déjà dit à propos des créanciers ce qu'il fallait en penser.

Dans l'exposé des motifs de la loi il est dit « que l'agent de change en tant qu'officier public reste complètement indépendant vis-à-vis de ses associés ; que ceux-ci ne peuvent exercer aucune action sur les actes officiels du titulaire ; qu'ils ne sauraient le contraindre par aucune voie, soit à conserver son titre, soit à s'en démettre, ni élever aucune réclamation à raison des mesures disciplinaires qui pourraient intervenir » (1).

L'exercice du droit de présentation par les héritiers, unis pourtant par des liens de parenté et d'affection donne lieu bien souvent à des difficultés ; que n'arriverait-il pas s'il était confié à des gens étrangers les uns aux autres, rapprochés uniquement par un commun désir de lucre ?

II. -- CONSENTEMENT ET CAPACITÉ

§ 1. *Consentement.* — Il faudra appliquer au consentement les règles du droit commun. La

(1) Exposé des motifs. DUVERGIER, p. 225, cité par PERRIQUET, § 501.

cession sera annulable si le consentement a été vicié par l'erreur, le dol ou la violence.

Il convient de faire une seule réserve : c'est que si ce principe s'applique aisément antérieurement au décret de nomination, il en sera autrement après la nomination. Une fois nommé, le cessionnaire revêt un caractère public, qu'il ne peut perdre pour des motifs d'intérêt privé. Le chef de l'Etat confère seul le titre ; le cédant n'a pas le pouvoir de reprendre ce qu'il n'a pas donné (1). Les tribunaux ne pourront désormais accorder qu'une diminution de prix ou des dommages-intérêts.

§ 2. *Capacité.* — Le cédant doit faire partie de l'une des catégories des personnes à qui nous avons reconnu dans la section précédente la faculté de présentation : il doit en outre jouir de la capacité de droit commun.

Il peut être incapable par suite d'aliénation mentale, suivie ou non d'interdiction — de minorité.

En cas d'aliénation mentale de l'officier ministériel ou de son héritier, suivie d'interdiction, on applique les règles édictées pour les biens des mineurs. L'art. 509 du Code civil assimile l'interdit au mineur pour ses biens et pour sa personne. — Ce sera conformément à la loi du 27 février 1880

(1) DURAND, *Des offices*, n° 263.

le tuteur de l'interdit qui procèdera à la vente de l'office en employant les formalités requises pour l'aliénation des biens des mineurs.

Si l'interdiction n'a pas été prononcée, il faut se conformer aux dispositions de la loi du 30 juin 1838. Son art. 31 donne aux aliénés internés un administrateur provisoire choisi parmi les membres de la commission administrative de l'hospice, et permet à cet administrateur de faire vendre le mobilier en vertu d'une autorisation spéciale accordée par le président du tribunal civil. Un arrêt de Metz (1) lui a contesté ce droit pour ce motif que « l'administrateur provisoire ne peut faire que des actes d'administration et de conservation ». Cette opinion n'a pas prévalu. Il est admis que l'administrateur provisoire peut traiter de la cession d'un office (2) : son intervention a un caractère éminemment conservatoire, puisqu'elle empêche la dispersion de la clientèle, la dépréciation de l'office en évitant les lenteurs de la nomination directe par le gouvernement.

L'art. 8 de la loi du 27 février 1880 est ainsi conçu : « Les dispositions de la présente loi sont applicables aux valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aliénés placés sous la tutelle, soit de l'administration de l'assistance publique, soit

(1) Metz, 8 décembre 1868, D. 69. 2. 40.

(2) Lyon, 22 juin 1865, S. 66. 2. 16.

des administrations hospitalières. — Le Conseil de surveillance de l'administration de l'assistance publique et les commissions administratives rempliront à cet effet les fonctions attribuées au conseil de famille. Les dispositions de la présente loi sont également applicables aux administrateurs provisoires des biens des aliénés, nommés en exécution de la loi du 30 juin 1838 ». — D'après les dispositions dont il est question dans cet article, lorsque la valeur des meubles incorporels à aliéner dépassera, après l'appréciation du conseil de famille, 1500 francs en capital, sa délibération sera soumise à l'homologation du tribunal.

La valeur d'un office est toujours supérieure à 1500 fr. L'administrateur provisoire devra faire dans tous les cas homologuer par le tribunal la décision du conseil de famille (1).

La loi exige toujours de la personne qui veut se faire nommer officier ministériel un âge supérieur à l'âge de 21 ans ; le cas d'une cession à faire pour le compte d'un mineur ne présentera donc que pour les héritiers du titulaire. Le tuteur cèdera l'office après autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal.

Les mineurs émancipés au cours de la tutelle

(1) Ces formalités étaient toujours exigées par la chancellerie avant la loi du 27 février 1880.

sont soumis à l'observation des mêmes formalités par l'art. 4 de la loi du 27 février 1880. Les mineurs émancipés par le mariage pourront aliéner leurs meubles incorporels et par suite l'office dont ils ont hérité avec la simple assistance de leur curateur (1).

La capacité générale de droit commun est insuffisante pour se rendre cessionnaire d'un office. Il faut selon l'art. 91 de la loi de 1816 « réunir les conditions exigées par les lois ».

La condition d'âge généralement exigée est de 25 ans. Il faut ensuite justifier de certaines conditions de stage, de capacité professionnelle, etc. Cette matière, purement réglementaire, ne rentre point dans le cadre de notre étude ; nous renvoyons pour les détails aux ouvrages spéciaux (2).

La seule question susceptible de nous intéresser est celle-ci (3) : cette capacité spéciale requise du cessionnaire doit-elle être exigée au moment de la signature du traité de cession, ou seulement au jour de la nomination ?

La solution de cette question découle naturelle-

(1) Cass. 13 août 1883, D. 84. 1. 103. --- Cass. 4 avril 1881, S. 81. 1. 206.

(2) LE POITTEVIN : *Traité pratique des cessions*. GREFFIER : *des cessions et des suppressions d'offices*. AMIAUD : *Formulaire du notariat*.

(3) PERRIQUET, *Propriété des offices*, p. 239.

ment des principes de la matière, c'est-à-dire de la distinction entre la clientèle et la fonction.

La clientèle fait partie de la classe des meubles incorporels : il suffira pour pouvoir traiter de son acquisition d'avoir la capacité d'acquérir un meuble incorporel, la capacité de droit commun sera suffisante. Pour ce qui est de la fonction, on ne peut y être nommé que si on remplit les conditions spéciales exigées par les lois ; il faudra posséder cette capacité au jour de la nomination et à ce jour seulement (1).

La jurisprudence a jugé à plusieurs reprises dans ce sens ; en appliquant à ce genre de contrats l'art. 1152 civ., elle décide qu'il est parfaitement licite par un acte séparé ou concomitant de stipuler un dédit et de fixer le quantum des dommages-intérêts qui seront dus par la partie qui refusera d'exécuter la convention ; les tribunaux ne peuvent allouer à la partie lésée une somme moindre ni plus forte.

III. --- FORMES DE LA CESSION

La cession des offices est soumise au point de vue de la preuve entre les parties contractantes

(1) Dans ce sens, Riom 9 juillet 92. D. 94. 2. 164; Saint-Gaudens 30 mars 1846. D. 47. 3. 110; Bordeaux 16 mai 1867, D. suppl. V^o office, n^o 30. -- *Contra*, Orléans, 21 janv. 1854. D. 55. 2. 101.

aux règles du droit commun. La preuve testimoniale sera admissible s'il existe un commencement de preuve par écrit.

Mais le gouvernement n'accordera pas la nomination d'un candidat s'il ne fournit pas un acte écrit de cession. « Tout traité ou toute convention, dit l'art. 6 de la loi du 25 juin 1841, ayant pour objet la transmission à titre onéreux ou gratuit, en vertu de l'art. 91 de la loi de 1816 d'un office, de la clientèle, des minutes, répertoires, recouvrements et autres objets en dépendant, devra être constaté par écrit et enregistré, avant d'être produit à l'appui de la demande de nomination du successeur désigné ».

Cet écrit pourra être authentique ou sous seing-privé ; mais la cession d'un office ne pourra pas avoir lieu par contrat de mariage, car le caractère conditionnel de la cession est incompatible avec le principe de l'incommutabilité des conventions matrimoniales.

La mention dans l'acte de nomination du traité de cession sous-seings privés lui donne-t-elle un caractère authentique ? L'intérêt de la question n'est pas seulement dans l'obligation où seraient les parties, si ce caractère était contesté, d'avoir recours à la procédure de vérification d'écritures ; il est évident que par suite de la légalisation des signatures, la demande en vérification ne saurait être à cet égard ni sérieuse, ni fondée. Mais le

cédant aurait intérêt à introduire cette demande afin d'obtenir en vertu de l'art. 2123 civ. le droit de faire inscrire l'hypothèque judiciaire résultant du jugement de condamnation rendu contre le cessionnaire ; il acquerrait ainsi, contre le gré de son co-contractant, un supplément de garanties qui lui avaient été peut-être refusées par la convention.

Un arrêt de Besançon (1) refuse à l'acte sous-seing privé visé par le décret de nomination le caractère d'authenticité. Cet arrêt considère « que le double du traité de cession qui se trouve entre les mains du cédant lui a été remis pour lui servir de titre de créance et qu'il est le seul acte dont il se prévale pour l'exercice de ses droits ; que s'agissant d'un acte sous-seing privé, il a intérêt et qualité, comme tout bénéficiaire d'un titre de cette nature, pour en faire vérifier au préalable la sincérité et pour en obtenir la reconnaissance ; que les présomptions déduites par les premiers juges de ce qu'un autre double a été transmis à l'autorité supérieure et se trouverait mentionné dans divers actes judiciaires ou administratifs ne sauraient conférer force suffisante d'authenticité au double que l'appelant invoque comme seule base de son action ; que l'acte déposé à la chancellerie n'est pas destiné à servir de preuve au cédant ».

(1) Besançon, 8 décembre 1863, D. 63. 2. 224.

Nous ne saurions admettre la solution de la Cour de Besançon : si le double resté aux mains du cédant différerait de l'exemplaire remis à la chancellerie, c'est ce dernier qui ferait preuve. On s'accorde à reconnaître le caractère authentique à l'acte sous-seing privé déposé chez un notaire : pourquoi ne pas admettre ici la même solution ?(1).

IV. --- OBJET DE LA CESSION

La cession d'un office a un double objet : 1° la clientèle ; 2° les recouvrements.

Le cessionnaire d'un office ne se rend acquéreur que de la clientèle et des recouvrements ; le titre d'officier ministériel est hors du commerce, le cédant n'a pas qualité pour le transmettre ; le gouvernement seul le confère et en proscriit rigoureusement la cession. C'est aussi le gouvernement qui en nommant l'acquéreur officier ministériel l'investit du droit de présentation, grâce auquel il pourra à son tour disposer de la clientèle le jour où il voudra cesser ses fonctions.

Il est inexact par conséquent de considérer le droit de présentation comme l'objet de la cession.

La clientèle est l'objet essentiel de la cession d'office ; les recouvrements en constituent l'élément accidentel.

(1) PERRIQUET, *Op. cit.* p. 233. -- Paris, 9 fév. 1839, D. 39. 2. 90.

Les recouvrements sont les créances que l'officier ministériel a contre ses clients à raison des frais et honoraires qui lui sont dus.

Le cédant peut-il se réserver les recouvrements ?

Il faut remarquer en effet que pour pouvoir faire les recouvrements, il sera souvent obligé de consulter les dossiers de l'étude, les minutes, et l'art. 23 de la loi du 25 ventôse an XI défend aux notaires de donner communication des actes à d'autres qu'aux personnes intéressées en nom direct, héritiers et ayants-cause à peine de dommages-intérêts...

La jurisprudence permet bien au cédant même en l'absence de conventions spéciales de consulter sans les déplacer les répertoires et dossiers (1) ; elle lui permet bien de les consulter dans un dépôt public, tel qu'un greffe où ils seraient momentanément placés à cet effet (2). Mais elle décide aussi que la propriété des registres, minutes et répertoires appartient non au cédant, mais à l'étude elle-même, dont ils sont l'accessoire obligé. Le cédant même s'il se les est réservés par le traité de cession peut être tenu de les remettre à son cessionnaire dans un délai déterminé (3). Pour le notariat spécialement, le notaire démis-

(1) Orléans, 27 juin 1877. D. 79. 2. 79.

(2) Lyon, 11 nov. 1881. D. 82. 2. 237.

(3) Rouen, 4 fév. 1870. D. 71. 2. 155.

sionnaire ne peut consulter les minutes de son étude : la jurisprudence ne le considère pas comme faisant partie par rapport aux actes qu'il a reçus des personnes intéressées en nom direct, auxquelles la loi du 25 ventôse an XI autorise les notaires à délivrer des expéditions. Il sera obligé de solliciter l'autorisation du président du tribunal pour obtenir de son successeur l'expédition d'un acte qu'il a reçu (1).

L'article 59 de la loi du 25 ventôse an XI dispose : « Le titulaire ou ses héritiers et le notaire qui recevra les minutes traiteront de gré à gré des recouvrements à raison des actes dont les honoraires sont encore dus et du bénéfice des expéditions ». Fallait-il entendre cette disposition dans un sens impératif, et admettre par suite que le cédant ne peut se réserver les recouvrements ?

La jurisprudence a varié à 3 reprises : jusqu'en 1843 malgré quelques décisions contraires, elle déclare valable la réserve des recouvrements, mais le cédant doit faire opérer ses recouvrements par son successeur : il ne peut s'immiscer dans la gestion de l'étude sous quelque prétexte que ce soit, ni pour obtenir des expéditions, ni pour prendre communication des registres. De 1843 à 1848, elle reconnaît à l'article 59 un caractère

(1) Poitiers, 4 fév. 84. D. 86. 2. 16. Cass. 17 oct. 88. D. 90. 1. 99

impératif ; la vente de l'office emporte cession des recouvrements à l'acquéreur ; le cédant ne peut se les réserver. En 1848, après deux circulaires du Ministre de la justice (1), elle revient à sa première opinion à laquelle elle s'est tenue depuis.

Evidemment la faculté pour le cédant de se réserver les recouvrements se concilie mal avec l'interdiction qui lui est faite de s'immiscer dans la gestion de l'office :

« Nous nous demandons, dit M. Greffier (2), comment on pourra mettre la pratique en rapport avec la théorie et si particulièrement pour dresser l'état des recouvrements, et même pour en poursuivre judiciairement le paiement, il est possible de ne pas compulser les minutes, souvent même de les produire pour la taxe aux magistrats. »

Le droit pour le cédant de se réserver les recouvrements n'est plus aujourd'hui contesté. La cession des recouvrements augmenterait souvent dans d'énormes proportions le prix de l'office et constituerait de la sorte une gêne considérable pour le nouveau titulaire.

Est-il admissible qu'on puisse obliger un officier ministériel nouvellement nommé et astreint pour assurer son succès d'user de ménagements

(1) Circulaires du 3 nov. 1848 et du 28 juin 1849. D. 49. 3. 62 et 73.

(2) GREFFIER. *Op. cit.* p. 64.

envers tous, à poursuivre le paiement d'honoraires qui ne lui sont pas dus et à compromettre ses propres intérêts pour sauvegarder ceux de son prédécesseur ? — Ne lui serait-il pas dans beaucoup de cas difficile de défendre la légitimité des honoraires qu'il réclame, alors qu'il n'a pas rédigé les actes à raison desquels ils sont dus ?

Il est plus rationnel de laisser sur ce point les parties entièrement libres de régler au mieux de leurs intérêts la question des recouvrements (1).

(1) Req. 14 avril 1904. *Journal du Notariat* du 17 nov. 1904, p. 727.

CHAPITRE III

Effets de la cession

La cession d'office produit en principe entre les parties contractantes les effets de toute vente. Le cédant est tenu des deux obligations de délivrance et de garantie : le cessionnaire doit poursuivre sa nomination et payer le prix convenu.

I. — OBLIGATIONS DU CÉDANT.

§ 1. *Délivrance.* — La délivrance est la mise en possession de l'acheteur. Elle consiste ici « à fournir au cessionnaire les pièces et à lui prêter l'assistance nécessaire pour obtenir sa nomination et pour prendre possession de la clientèle. » (PERRIQUET).

Le cédant devra présenter son successeur à l'agrément du gouvernement. Cet agrément s'obtient en fournissant diverses pièces, parmi lesquelles: *a*) l'acte de démission du titulaire ; — *b*) le traité mentionnant les conditions de la cession ; — *c*) un état des produits de l'étude pendant les cinq dernières années ; — *d*) une requête du can-

didat sollicitant sa nomination et accompagnée de pièces justifiant de son aptitude. Le dossier est déposé au parquet de la juridiction d'où dépend l'office et la demande est instruite par le procureur de la République qui complète le dossier. Le garde des sceaux apprécie et accorde ou refuse son agrément sans avoir à justifier sa décision.

Le refus d'agrément tient à deux causes : ou le candidat n'offre pas de garanties suffisantes de capacité, ou le traité de cession ne plaît pas au gouvernement qui peut demander les modifications qui lui paraissent nécessaires ; la modification le plus souvent demandée est une réduction de prix.

Le cédant doit donner sa démission à l'époque fixée par la convention. C'est la condition essentielle d'exécution du traité : la clientèle ne peut appartenir qu'à un officier ministériel ; elle est l'accessoire de l'office ; il faut que le titulaire démissionne pour que l'acquéreur puisse jouir des avantages du traité.

S'il refuse de donner sa démission en dépit du traité qui le lie, peut-on l'y contraindre ?

Une réponse négative s'impose :

1^o Un jugement imposant une démission, même en se fondant sur un contrat librement consenti, équivaldrait à une révocation : or un fonctionnaire ne peut être révoqué que dans les cas prévus par la loi.

L'autorité judiciaire sortirait de ses attributions

si elle pouvait imposer un candidat au choix du gouvernement ; le respect de la convention intervenue ne serait nullement assuré, car le gouvernement serait libre de nommer qui il voudrait à la place du fonctionnaire réputé démissionnaire.

2° Le droit de présentation est rigoureusement personnel au titulaire en fonction, et nul autre que lui ne peut en user ; il ne peut jamais perdre ce caractère dans les rapports du titulaire avec l'autorité publique. L'obligation née du contrat de cession, quelque étroite qu'elle soit entre les parties n'engage pas le titulaire envers le gouvernement et ne saurait en aucun cas tenir lieu de la démission avec présentation d'un successeur (1).

3° Les principes généraux du droit civil suffiraient à justifier notre solution (1142 civ.). L'obligation de démissionner et de présenter un successeur est une obligation de faire dont l'accomplissement exige l'action personnelle du débiteur. Or « le débiteur d'une obligation de cette espèce ne peut être personnellement contraint à l'exécuter, *Ad factum nemo præcise cogi potest* » (2).

La sanction du refus du cédant de donner sa démission sera une condamnation à des dommages-intérêts ; le tribunal ne manquera pas de se montrer très rigoureux, mais « les dommages-

(1) Trib. Amiens, 12 juillet 1844, D. 45, 3, 99.

(2) AUBRY ET RAU, IV, p. 41.

intérêts dus par suite du refus du débiteur d'accomplir son obligation ne peuvent être alloués que sous forme de condamnation au paiement d'une somme fixe et déterminée une fois pour toutes. Le juge qui en pareille circonstance condamnerait le débiteur à exécuter son obligation sous la contrainte de dommages-intérêts fixés par chaque jour de retard violerait la disposition de l'art. 1142 civ. » (1).

Le cédant, après avoir donné sa démission, peut-il la retirer tant que le décret de nomination de son successeur n'est pas intervenu ?

Le cédant en donnant sa démission a exécuté l'obligation de faire qu'il avait contractée. Peut-il revenir sur cette exécution ? Evidemment non : juridiquement la question ne peut faire doute et la Cour de Paris a fort bien jugé que le retrait d'une démission ne peut mettre obstacle à l'exécution d'un traité valablement consenti : une telle dérogation aux principes généraux du droit commun devrait résulter d'un texte formel qui n'existe pas (2).

Cependant, l'Administration autorise le retrait de la démission jusqu'à la nomination du cessionnaire et l'approbation du traité. D'après la chancellerie « la démission ne vaut qu'à partir de

(1) AUBRY et RAU, IV, § 299.

(2) Paris, 14 janv. 1845. D. 46. 2. 9.

l'accomplissement de la condition sous laquelle elle est contractée, c'est-à-dire la nomination du successeur présenté. Jusqu'à cette époque, elle peut être retirée, sauf la question de dommages à vider par les tribunaux entre les parties contractes » (1).

Le cédant après avoir donné sa démission et prêté son concours à son successeur pour obtenir sa nomination doit encore lui remettre les minutes, dossiers, registres, papiers de l'étude et les notes de toute nature concernant la clientèle, en un mot toutes les pièces qui lui ont été confiées à raison de ses fonctions (2). Il n'y a pas à distinguer entre les affaires courantes et les affaires terminées.

Le cédant ne peut retenir que ses papiers personnels, et encore un jugement du tribunal d'Avesnes confirmé par la Cour de Douai a-t-il décidé que le cessionnaire d'un office a droit même aux livres personnels du cédant, lorsque la partie officielle des registres du cédant ne contient que des renseignements insuffisants ou erronés, tandis que la réalité des opérations par lui effectuées se trouve exclusivement portée dans des registres concernant la gestion occulte et que la comptabilité personnelle est nécessaire au cédant

(1) GREFFIER, *Op. cit.* p. 40.

(2) Orléans, 27 juin 1877. D. 79. 2. 79. Bourges, 30 nov. 1853. D. 54. 2. 80. Req. 19 oct. 1904. D. 05. 1. 13.

pour connaître et établir la situation des clients de l'étude (1).

§ 2. *Garantie.* — Le vendeur s'engage à assurer à l'acquéreur la possession utile de la chose vendue. Pour cela, il lui doit une double garantie : garantie de l'éviction produite soit par lui-même, soit par un tiers ; garantie des défauts cachés qui rendent la chose impropre à tout service ou en diminuent considérablement l'utilité.

Le cédant d'un office ministériel est tenu de cette double garantie.

Pothier définit l'éviction le délaissement qu'on oblige quelqu'un de faire en vertu d'une sentence qui l'y condamne. Entendue dans ce sens l'éviction est impossible en matière d'offices, car le titulaire ne peut être évincé que par un acte du chef de l'Etat et l'obligation de garantie ne s'étend pas au *fait du prince* : le cessionnaire devra payer son prix.

Si l'acte du chef de l'Etat emportant suppression de l'office est antérieur à la nomination du cessionnaire, la cession est nulle par défaut d'objet : la cession d'office est en effet une vente faite sous la condition suspensive de l'approbation du gouvernement, et conformément à l'art. 1182 C.

(1) Trib. Avesnes, 14 août 1902. *Journal du Notariat*, 1903. p. 151. Lyon, 20 février 1905. D. 05.5. 46.

civ., l'office qui fait l'objet de la convention demeure aux risques du débiteur qui ne s'est obligé de le livrer que dans le cas de l'événement de la condition.

Dans un sens plus large l'éviction consiste dans tout préjudice injuste subi par le cessionnaire du fait du cédant ; elle revêt dans notre matière une grande variété d'aspects.

Le cédant ne peut évidemment garantir la continuation de la clientèle : il ne sera pas tenu à des dommages-intérêts lorsque la diminution de la clientèle sera due à des causes fortuites (1), mais il doit faire tout ce qui dépend de lui pour la conserver à l'office, transmettre à son successeur la confiance que ses clients avaient placée en lui (2) et lui faciliter l'exercice utile et honorable de sa profession.

Si le cessionnaire a droit aux bons offices du cédant, à plus forte raison celui-ci ne peut rien faire qui aurait pour but ou seulement pour résultat d'éloigner les clients de l'étude. Il ne peut rédiger des actes sous-seings privés dans la ville où se trouve l'office cédé, ni acquérir un office concurrent de l'office cédé. D'une manière géné-

(1) Paris, 20 janv. 1855. D. 55. 2. 204.

(2) Bourges, 20 nov. 1853. D. 54. 2. 80. Paris, 24 fév. 1852. D. 52. 2. 207.

rable, il ne peut entretenir aucune relation d'affaires avec les anciens clients de l'office (1).

Le cédant, qui, par les poursuites dirigées contre ses débiteurs pour opérer ses recouvrements, porte préjudice à son successeur en éloignant les clients de l'étude, engage-t-il sa responsabilité ?

La question est délicate, car il faut assurer le respect de deux droits également respectables : le droit du cédant de poursuivre ses recouvrements contre ses anciens clients ; le droit du cessionnaire de ne pas être troublé dans sa possession.

Il n'est pas douteux que toute poursuite, justifiée ou injustifiée intentée contre un de ces clients par l'officier démissionnaire aura pour résultat à peu près certain de faire perdre ce client à l'étude, surtout si le cessionnaire n'est pas personnellement connu de sa clientèle. Le défaut de poursuites pourrait en sens inverse entraîner pour le cédant la perte de sa créance.

Comment résoudre ce conflit de droits et dans quels cas peut-on considérer que le cédant engage sa responsabilité par des poursuites dirigées contre ses anciens clients ?

La Cour de cassation a jugé que si celui qui a recours aux voies judiciaires pour obtenir paie-

(1) Orléans, 27 juin 1877. D. 79. 2. 79.

ment de ce qui lui est dû ne fait qu'user d'un droit légitime, il en est autrement de celui qui y a recours *abusivement* par *malice* ou par esprit de *vexation*, ou même par *erreur grossière équipollente au dol*. L'officier ministériel qui après avoir cédé son étude en s'engageant à conserver au cessionnaire la clientèle, a *témérairement* intenté aux clients de l'étude des procès en recouvrement de frais et honoraires, a formé contre eux des demandes abusives et a usé à leur égard de procédés vexatoires, et qui par ces procès, demandes et procédés a amené un amoindrissement considérable des produits de l'office cédé, est justement considéré comme ayant commis une faute envers son successeur et est à bon droit condamné à lui payer des dommages-intérêts en réparation du préjudice causé à celui-ci par cette faute (1).

Cet arrêt reconnaît que celui qui agit en justice pour faire payer ses débiteurs ne fait qu'user d'un droit et que l'exercice normal d'un droit n'engage nullement la responsabilité du créancier; au contraire l'abus du droit de poursuite constitue une faute qui oblige son auteur à la réparer.

M. Chavegrin remarque que ce qu'il y a d'original dans cet arrêt, c'est qu'il regarde la poursuite comme pouvant nuire à un autre que celui

(1) Req. 11 juin 1890. S. 92. 1. 449 et la note de M. Chavegrin.

qu'elle vise. Cet aspect nouveau ne saurait nous surprendre : si le fait d'agir judiciairement dégénère en acte illicite, toute personne qui en souffre doit être indemnisée.

A quelles conditions y aura-t-il abus du droit de poursuite ? D'après l'arrêt ci-dessus rapporté, il faut que le cédant ait agi par malice ou esprit de vexation ou sous l'empire d'une erreur grossière équipollente au dol ; dans cet arrêt la Chambre des requêtes se rallie à la doctrine de la Chambre civile. Mais auparavant, faisant à notre hypothèse une application rigoureuse des principes de la responsabilité délictuelle posés dans les articles 1382 et 1383 C. civ. elle déclarait le cédant responsable du dommage causé par une simple imprudence : tout plaideur téméraire commet une faute dont il doit réparation.

Pourquoi la Cour de cassation après avoir admis que l'abus du droit de plaider constitue une faute, n'a-t-elle pas tiré de ce principe toutes les déductions qu'il comportait logiquement ?

Deux considérations l'en ont empêchée :

1° En plus de l'obligation délictuelle de réparer le préjudice causé par sa faute, mise à sa charge par les art. 1382-1383 C. civ., le cédant est tenu de l'obligation contractuelle de garantie qui l'oblige à ne rien faire qui soit de nature à troubler la possession de son cessionnaire. Il en résulterait que toute poursuite intentée par le prédécesseur

l'obligerait à réparer le préjudice causé, dès qu'elle compromet les intérêts du cessionnaire.

2° Le cessionnaire de l'office en laissant à son prédécesseur les recouvrements s'est facilement engagé à lui laisser faire tous les actes de poursuite utiles pour le recouvrement de ses créances.

Nous sommes de la sorte, conclut M. Chavegrin, en présence de deux droits également solides : droit pour le cédant de réclamer avec l'aide de justice le paiement de ce qui lui est dû par les tiers ; droit pour l'autre partie de gérer la charge sans que rien de la part de son devancier en amoindrisse la clientèle. Ces deux prétentions en apparence incompatibles se concilient à notre avis. Le cédant, croyons-nous, échappe à toute garantie quand les faits sont tels que s'il avait reculé devant le procès, il aurait couru sérieusement le risque de ne point être payé et quand de plus il a apporté dans la conduite même de l'action tous les ménagements commandés par le bon renom de l'étude. En toute autre circonstance, il doit indemniser son successeur. Admissible seulement là où elle est indispensable et dans la mesure où elle offre ce caractère, la poursuite met en jeu la responsabilité de qui l'exerce dès que ces conditions manquent. Le vendeur a tort pouvant faire autrement d'entamer une procédure qui aboutit à troubler son acheteur ; il a tort aussi d'aggraver par

des rigueurs non nécessaires la procédure qu'il n'a pu éviter.

Le cédant est tenu en outre « de la garantie des défauts cachés de la chose vendue, qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus. » 1641 civ.

MM. Aubry et Rau admettent que la responsabilité dont il est question dans cet article « s'applique aux ventes de meubles corporels ou incorporels comme aux ventes d'immeubles : les causes ou circonstances cachées de nature à diminuer sensiblement la valeur ou les produits de l'office donnent ouverture à un recours contre le cédant » (1).

Il y a vice caché dans deux cas :

1° Le cessionnaire trompé par le cédant sur le nombre des actes et le chiffre réel des produits, a payé l'office un prix supérieur à la valeur qu'il avait au moment de la cession ;

2° La valeur de l'office a diminué par le fait du cédant. Ce cas se présentera lorsque le cédant aura discrédité l'étude par sa faillite ou sa déconfiture, ou par des actes d'indélicatesse (2).

(1) AUBRY ET RAU, 4^e éd. IV, p. 388, § 355 bis.

(2) Paris, 24 févr. 1845, D 45, 2, 71. Req. 6 déc. 52. D. 53, 1, 118.

Appliquons à ces hypothèses les règles du droit commun édictées dans les art. 1641 et suivants du Code civil, et voyons quelles sont les conditions d'ouverture et les effets de l'action en garantie pour vices cachés.

Pour que la responsabilité des vendeurs soit engagée, il faut que les vices soient : 1° cachés ; 2° inconnus de l'acheteur ; 3° nuisibles à l'utilité de la chose, 4° antérieurs à la vente, tout au moins en germe. L'acquéreur doit prouver la réunion de toutes ces conditions.

De nombreuses fins de non recevoir peuvent être opposées à cette action en garantie ; d'après l'art. 1648 C. civ. l'action « résultant des vices redhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un bref délai, suivant la nature du vice rédhibitoire et l'usage du lieu où la vente a été faite ».

L'acquéreur ne pouvait échapper à cette fin de non-recevoir venant de l'écoulement d'un laps de temps très bref que si le dol du vendeur avait imposé l'application de l'art. 1304 C. civ. L'action était éteinte au cas de renonciation expresse ou tacite : désistement du cessionnaire, paiement du prix (1). L'action du cessionnaire était repoussée, lorsque le cédant lui avait remis les pièces et livres

(1) Req. 10 juillet 1849, D. 49, 1. 327. Bourges, 19 mars 1845, D. 45, 2, 33, Nancy, 14 mai 1861, D. 61, 2, 159

qui lui permettaient de vérifier le quantum des produits.

Cette solution, application pure et simple des principes du droit civil, prévalut jusqu'en 1853. A cette époque un changement considérable venait de s'opérer, nous le verrons plus loin (1), en jurisprudence dans la matière des contre-lettres : la Cour de cassation admettait leur nullité absolue et au nom de l'ordre public leur déniait tout effet même entre les parties.

Or, il est facile de voir l'étroite corrélation qui existe entre la dissimulation du prix dans une contre-lettre et l'exagération de l'état des produits de l'étude ; dans les deux cas, on aboutit à surprendre le consentement du chef de l'Etat, à lui faire approuver un traité qu'il n'aurait pas manqué de rejeter si les bases d'application qu'on lui soumettait n'avaient pas été inexactes.

Le gouvernement, disait l'avocat général Lenormand devant la Cour d'Orléans, « s'il eût connu la véritable situation n'aurait pas admis le prix. Le contrat n'était valable qu'avec son agrément, son consentement et ce consentement n'a pas été libre : il a été vicié par le dol. Il faut donc que le juge, se substituant au gouvernement induit en erreur, fasse ce qu'il aurait fait s'il eût été mieux

(1) *Infra*, Chap. IV, p. 167.

instruit. . . Le but de la contre-lettre c'est la surélévation frauduleuse du prix ; n'arrive-t-on pas au même résultat par la dissimulation frauduleuse des produits ? Leur moyenne est la base d'appréciation acceptée par le gouvernement. Les deux parties n'ont qu'à s'entendre pour enfler les revenus et si elles sont assez habiles pour tromper la vigilance de l'autorité, elles arriveront ainsi le plus facilement du monde à une surélévation, c'est-à-dire à une contre-lettre indirecte » (1).

L'action en garantie pour vices cachés se transforme de la sorte en une action en nullité absolue, fondée sur l'ordre public, ce n'est pas le consentement du cessionnaire qui a été surpris, c'est celui du chef de l'Etat. Peu importera donc que l'acquéreur de l'office ait connu les vices sur lesquels il se fonde pour réclamer une diminution de prix : toute fraude, même concertée entre les parties, entraîne la nullité. L'action sera soumise à la prescription trentenaire. Aucune ratification expresse ou tacite ne pourra intervenir.

Cette jurisprudence est-elle fondée en droit ? M. Perriquet demande sur quel texte de loi peut s'appuyer la demande en résolution. « On conçoit l'annulation par les tribunaux de la contre-lettre qui déroge au traité approuvé par le gouvernement,

(1) Orléans, 17 août 1853, D. 53. 2. 194.

mais on ne conçoit pas l'annulation du traité ostensible lui-même, c'est-à-dire de l'acte que le chef de l'Etat a homologué. Ce que l'on conçoit moins encore, c'est que l'autorité judiciaire puisse modifier le traité que le gouvernement lui-même ne pouvait qu'accepter ou refuser (1) ».

La Cour de Cassation ne s'est pas laissée convaincre par ces raisons : elle a maintenu sa manière de voir, prétendant qu'il importe peu que la dissimulation de la vérité résulte de l'exagération des produits de l'étude, à l'effet de justifier l'élévation du prix porté au contrat, ou d'une contre-lettre stipulant un prix supplémentaire en dehors du prix annoncé ; le but de la déclaration fausse est dans l'un et l'autre cas de tromper l'autorité sur ce qui lui importe de connaître, c'est-à-dire sur le rapport exact entre le prix de la cession et la valeur véritable de l'office ; il suit de là que l'obligation du cessionnaire de payer en vertu du traité une somme qui excède la valeur de l'étude est frappée d'une nullité d'ordre public et donne lieu à la répétition de ce qui a été payé à ce titre (2).

Il suffira pour donner ouverture à l'action en garantie : 1° Que l'état des produits ait été exagéré ;

(1) PERRIQUET. *Op. cit.* p. 340.

(2) Req. 19 février 56. D. 56, 1, 103.

2° Que cette exagération ait eu pour résultat d'amener le gouvernement à permettre aux parties de stipuler un prix supérieur à celui que comportait la moyenne des produits réels (1). »

Ces deux conditions sont exigées simultanément : l'exagération de l'état des produits ne heurte nullement l'intérêt public, lorsqu'elle n'a pas pour résultat une surélévation du prix.

Cela nous permet de concevoir que l'action en réduction pour fraude à l'Etat et l'action rédhibitoire du droit privé puissent avoir chacune dans leur domaine propre une existence parallèle ; quand malgré la dissimulation de l'état réel des produits, le prix de cession n'a pas dépassé le taux admis par la chancellerie, l'ordre public n'est plus intéressé et le droit commun des art. 1641 et suivants du Code civil reprend son empire ; l'action en réduction pour vices cachés est seule possible avec ses conditions et ses effets propres. Elle sera admise notamment si le cessionnaire a donné de l'office un prix qu'il n'aurait pas donné sans la dissimulation en question, dans le cas où le prix est néanmoins inférieur à celui qu'accepterait le gouvernement.

(1) Cass. 5 mai 1902. *Journal du Notariat* 1903, p. 645. — Orléans, 7 juin 1894. S. 95, 2, 70. — Bordeaux, 2 juillet 94. S. 95, 2, 99. — Rouen, 28 mars 1900. D.-00. 2. 445. — Req. 14 avril 1904. D. 05, 1, 145. — Req. 7 juin 05. D. 05, 1, 328.

Devons-nous aussi admettre la nullité d'ordre public, dans la deuxième hypothèse dont nous avons parlé, celle où l'office, quoique donnant le revenu indiqué dans l'état des produits, portait en lui-même un germe de décadence tenant à l'indélicatesse du titulaire ou à son incapacité ?

Il semble difficile d'invoquer ici l'idée de la fraude à l'Etat : le consentement du chef de l'Etat n'a pas été surpris : « il n'y a rien qui de près ou de loin ressemble à une contre-lettre » (1).

Pourtant la jurisprudence ne s'est pas arrêtée à ces raisons ; la Chambre des requêtes a décidé que si le prix de l'office a été déterminé ou approuvé par la chancellerie dans l'ignorance de la déconfiture dissimulée avec soin du cédant, l'erreur ainsi permise et favorisée constitue un vice qui entache d'une nullité d'ordre public le traité intervenu entre les parties et autorise les juges à ordonner la réduction du prix agréé (2).

Ce développement de jurisprudence paraît à M. Chavegrin irréprochable en logique ; une fois acceptée l'idée de la nullité d'ordre public au cas d'exagération des produits de l'étude, il faut l'étendre à l'hypothèse d'un office déprécié par l'incon-

(1) PERRIQUET, *Op. cit.*, p. 348, § 388.

(2) Req. 6 février 1894, S. 95 1. 177 et la note de M. Chavegrin. Voy. aussi Bordeaux 12 février 1894, S. 95 2. 97. — Caen, 8 Mars 99, D. 1900, 2. 142.

duite ou l'infortune du titulaire. Les motifs de cette jurisprudence sont que « toute obligation excessive contractée par l'acquéreur l'expose à des embarras d'argent dont il essaiera peut-être de se sortir par des moyens repréhensibles. » Or, ce motif garde sa force, quelles que soient les circonstances qui détruisent l'équilibre entre les engagements du cessionnaire et les revenus de l'office. Toutes les fois que le nouveau titulaire paie la charge trop cher, il a ou peut avoir la tentation de regagner sur les clients la somme dont il s'est appauvri et pour cela enfreindre les devoirs professionnels, parfois même manquer à la stricte honnêteté. Ce péril n'est pas moins à craindre, lorsque les fautes du cédant se révèlent après la cession, écartent la clientèle et laissent l'acquéreur débiteur d'un prix hors de proportion avec les gains annuels.

Les motifs qui justifient la jurisprudence, admettant la nullité pour *fraude à l'Etat*, doivent aussi en limiter la portée. Les juges ne devraient pas accorder toute demande en réduction fondée sur l'indélicatesse du cédant. « Les tribunaux, comme le fait observer M. Chavegrin, ne saurait modifier le prix *sciemment* agréé par le gouvernement ; ils empièteraient sur le domaine administratif. De plus ils doivent observer la même réserve si l'erreur des agents du gouvernement était impardonnable ; car la demande en réduction dans de pareil-

les circonstances tend à faire dire que la chancellerie a mal accompli sa mission et à provoquer la censure judiciaire d'autorités qui ne relèvent pas de la justice. Bref, les juges auxquels le cessionnaire s'adresse, ne peuvent rien lui accorder s'ils ont la preuve que l'autorité n'a pas été induite en erreur, ou l'a été par une faute lourde de sa part » (1).

L'action en réduction pour fraude à l'Etat, fondée sur les nécessités de l'ordre public échappe aux conditions étroites d'application posées dans le code civil. Peu importe que le vice n'ait pas été caché, ni inconnu du cessionnaire ; bien plus l'action est ouverte même quand l'exagération des produits de l'office a été concertée entre le cédant et le cessionnaire (2). Il n'est pas nécessaire d'agir dans un bref délai pour se conformer aux dispositions de l'art. 1648 c. civ. ; l'action n'est pas non plus soumise à la prescription décennale de l'art. 1304 civ., fondée sur une présomption de ratification tacite. Elle ne s'éteint que par la prescription de trente ans (3).

La nullité ne peut faire l'objet d'une transaction, ni d'un compromis ; elle ne peut être couverte par

(1) CHAVEGRIN, note dans, S, 95, 1, 177.

(2) Rouen, 16 avril 1890. D. 91. 2. 173.

(3) Bourges, 28 janvier 1853. D. 53. 2. 1.

une ratification ni expresse, ni tacite ; le paiement fait par le cessionnaire ne couvre pas la nullité.

Les intérêts des sommes excédant le chiffre auquel a été ramené par le tribunal, après redressement de l'état des produits, le prix de cession d'un office sont dus (le cédant étant en pareil cas réputé de mauvaise foi), du jour du paiement et non du jour de la demande (1378 civ.). — En cas de réduction du prix d'un office, les à-comptes payés au cédant peuvent être imputés sur la portion retranchée de ce prix et doivent en conséquence comme touchés indûment de mauvaise foi être restitués avec les intérêts du jour du paiement (1). Les intérêts de la partie du prix de l'office qui est déclarée restituable au cédant sont considérés du jour où ils ont été versés comme des capitaux, portant eux-mêmes intérêts, de telle sorte que le cessionnaire a droit à la restitution du capital, des intérêts et des intérêts des intérêts (2).

L'obligation du cessionnaire de payer le prix stipulé étant atteinte de nullité absolue pour fraude à l'Etat ne peut servir de base à une novation ; la nouvelle obligation sera nulle puisque l'ancienne l'était. La réduction du prix de l'office prononcée

(1) Orléans, 17 août 1853. D. 53. 2. 194.

(2) Req. 19 février 1856. D. 56. 1. 103.

par les tribunaux sera donc opposable non seulement au vendeur de l'office, mais même à celui auquel le prix de vente a été transporté, quoique l'acheteur de l'office l'ait accepté comme créancier et ait fait avec lui des accords nouveaux modifiant la date et le montant des échéances (1).

L'action en réduction aboutira à une nouvelle évaluation de l'office : les juges nommeront le plus souvent des experts qui détermineront la valeur réelle de l'office au moment de la cession. Mais il a été jugé qu'en raison du secret dû aux actes notariés, le cessionnaire ne pouvait exiger que la majoration des produits fût établie par la voie de l'expertise (2) : c'est une application du principe d'après lequel la communication générale des actes et minutes d'un notaire ne peut être ordonnée dans un intérêt privé. Les juges apprécieront en toute indépendance la diminution de valeur subie par l'étude, sans avoir à maintenir entre les revenus et le prix de l'office le rapport ordinairement admis par la chancellerie, aucune loi ne fixant ce rapport. Ils tiendront compte des circonstances particulières qui peuvent influencer les produits de l'étude (3).

L'action pourra être intentée par tous les inté-

(1) Cass. 18 janvier 98, D. 98. 1. 411.

(2) Caen, 1^{er} déc. 94, S. 95. 2. 282.

(3) Bordeaux, 2 juillet 1894, S. 95. 2. 99.

ressés, cessionnaires, héritiers, créanciers : elle pourra l'être contre le cédant et ses ayants-cause.

L'art. 1644 C. civ. donne une option à l'acheteur : il peut rendre la chose et se faire restituer le prix, ou garder la chose et se faire rendre une partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée par experts. — Tant que la prestation de serment n'a pas eu lieu, cette option est ouverte au cessionnaire ; il peut refuser de se faire installer et se faire délier par la justice de ses engagements. Mais dès qu'il a prêté serment, il est réduit à l'exercice de l'action *quantum minoris* ; on ne peut demander à l'autorité judiciaire l'annulation d'un acte émané de l'autorité administrative.

Depuis 50 ans, on ne constate pas une seule dissidence en jurisprudence à la théorie que nous venons d'exposer sur la garantie des vices cachés. Une fois admise la nullité des contre-lettres, on devait être tenté d'étendre cette nullité à tout moyen indirect permettant d'arriver à une exagération du prix de l'office ; cette idée acceptée, il paraissait difficile de ne pas l'étendre à l'hypothèse d'un office discrédité par l'inconduite de son titulaire.

Que cette théorie puisse être bonne en législation, nous n'y contredirons point ; elle empêche les parties d'aboutir par une voie détournée à l'exagération toujours dangereuse du prix des offices. Mais elle nous paraît manquer de base

légale ; la Cour de cassation a introduit dans notre droit une innovation que le législateur seul avait le pouvoir d'y apporter.

II. — OBLIGATIONS DU CESSIONNAIRE

§ 1. *Obligation de se faire nommer.* — L'obligation de tout acquéreur de prendre livraison de la chose vendue devient en matière d'office, l'obligation de faire les démarches nécessaires pour se faire nommer et installer : c'est de cette façon qu'il prendra possession de l'étude et deviendra titulaire à la place de l'ancien officier démissionnaire.

Le défaut de nomination du cessionnaire peut tenir à deux causes :

1° Son inaction. — 2° Le refus d'agrément du chef de l'Etat.

1° Le cessionnaire refuse de faire les démarches nécessaires pour obtenir sa nomination.

La cession d'un office est une vente faite sous la condition suspensive de l'agrément du gouvernement : les obligations qu'elle met à la charge de chacune des deux parties ne pourront prendre naissance que si le gouvernement agrée le candidat présenté et les conditions de la cession. Mais si celui-ci met par son fait personnel obstacle à cet agrément, il empêche l'événement de la condition sous laquelle il s'était obligé (art. 1178 C.

civ.); la Cour de Lyon n'a pas hésité à appliquer l'art. 1382 civ. à cette hypothèse (1).

Le cessionnaire peut sans refuser de demander sa nomination, y apporter un retard plus ou moins considérable. Ce retard n'engagera pas sa responsabilité s'il n'a commis aucune faute, ou si l'impossibilité où il se trouve d'exécuter sur le champ son engagement est connue du cédant (2). Il sera au contraire responsable du préjudice causé par son retard au cédant s'il y a faute de sa part. Au cas de cession à la suite du décès du titulaire, la trop longue durée de la vacance de l'office aura pour résultat d'éloigner la clientèle ; si le cessionnaire est refusé par le gouvernement après de longs retards à lui imputables, il est évident que la cession à un autre candidat ne pourra se faire qu'à des conditions plus désavantageuses. Le cessionnaire est responsable de cette diminution de valeur de l'office : il devra des dommages-intérêts (3).

Aucun délai n'est imparti par la loi au cessionnaire pour obtenir sa nomination, et le cédant est lié indéfiniment par sa démission. On peut toutefois en tenant compte des circonstances et du temps

(1) Lyon, 5 juillet 49, D. 50. 2. 106.

(2) Req. 30 nov. 1863, D. 64, 1, 34.

(3) Nancy, 10 nov. 1853, D. 54, 5, 518.

écoulé considérer la démission comme retirée d'un commun accord.

2° Le chef de l'Etat refuse d'accorder la nomination.

En principe, par le refus du candidat présenté, la condition sous laquelle les parties s'étaient engagées, est défaillie, et elles sont réciproquement déliées de leurs engagements : le refus d'agrément équivaut à un cas de force majeure.

Il en sera de même si le gouvernement subordonne son agrément à l'insertion dans le contrat de clauses que les parties n'avaient pas prévues, ou à la suppression de certaines dispositions.

Au contraire le cessionnaire sera tenu à des dommages-intérêts si le refus du gouvernement de l'agréer lui est imputable. Par exemple l'officier ministériel qui sollicite sa nomination à un autre office, contracte l'obligation implicite de se défaire à bref délai de l'office dont il est investi, pour devenir apte à postuler celui qu'il s'est fait céder : si le gouvernement refuse de l'agréer, tant qu'il n'aura pas lui-même présenté un successeur, il est en faute vis-à-vis de son cédant et passible de dommages-intérêts (1).

Il est encore en faute s'il a laissé ignorer à son prédécesseur qu'il ne remplissait pas les condi-

(1) Req., 20 juin 1900. D. 01. 1. 60.

tions requises d'âge, de capacité, de moralité ; dans tous ces cas, le refus de nomination lui est imputable et il doit réparer le préjudice qu'il cause à son co-contractant.

L'obligation de prendre livraison n'est pas complètement remplie quand le cessionnaire a obtenu sa nomination. Dès que la nomination a eu lieu, il a sans doute le titre, mais c'est un titre nu ; il ne peut exercer la fonction qu'après son installation, c'est-à-dire qu'après avoir prêté serment. Jusqu'à ce moment, l'office est encore la propriété du cédant, et si le cessionnaire meurt dans l'intervalle, le droit à l'office ne se transmet pas à ses héritiers (1). On peut considérer la nomination comme faite sous la condition que le postulant prêtera serment dans un certain délai ; à défaut sa nomination est nulle et non avenue.

Le cessionnaire qui manque à l'une des obligations dont il vient d'être question engage sa responsabilité. Mais on ne peut le condamner à payer le prix et à prendre malgré lui possession de l'office. Il est candidat à une fonction publique, bien plus qu'acquéreur d'une clientèle ; nul ne peut être nommé fonctionnaire que par une décision du gouvernement, et cette décision ne peut être prise que sur la demande du postulant.

(1) Voir plus haut p. 61.

La seule sanction du refus du cessionnaire de se faire nommer et installer consiste dans une condamnation à des dommages-intérêts. La jurisprudence a reconnu parfaitement licite la stipulation d'une clause pénale; les tribunaux doivent l'appliquer sans y rien changer (1).

§ 2. *Paiement du prix.* — La deuxième obligation du cessionnaire est de payer le prix.

La chancellerie soumet à des règles rigoureuses la détermination de ce prix et de l'époque à laquelle il peut être payé; son droit de refuser son agrément si les parties ne veulent pas se soumettre à ses prétentions est incontestable. Mais dans leurs rapports respectifs, si l'on considère la cession sous son seul aspect d'acte générateur d'obligations, les parties sont libres de faire à ce sujet toutes les stipulations que le droit commun autorise; si le cédant refusait de se démettre après avoir fait une de ces conventions autorisées par le droit commun et prohibées par la chancellerie, les tribunaux saisis de la contestation devraient le condamner à payer à l'acquéreur des dommages-intérêts (2).

Le pouvoir exécutif s'est toujours efforcé d'empêcher l'exagération du prix des offices. Sous l'an-

(1) Lyon, 22 mars 1850, D. 50, 2, 105.

(2) Voir *Supra*, p. 88 s.

cienne monarchie, deux édits des mois de décembre 1665 et de juillet 1669 fixèrent un maximum au prix des offices. Depuis la loi de 1816, la question a fait l'objet de nombreuses décisions ministérielles. Une circulaire du garde des sceaux Pasquier en date du 21 février 1817 était très sévère : « Je vous charge expressément, disait-il aux procureurs du roi, de ne pas souffrir que les greffiers mettent à la présentation des sujets qu'ils proposent pour leur succéder des conditions trop onéreuses... Vous pouvez prendre comme base une somme égale au plus au montant du cautionnement ou à une année ou deux du produit du greffe. Vous pourrez établir une base un peu plus large pour les autres offices ministériels. On peut leur laisser plus de latitude ; mais cependant vous devez veiller avec soin à ce que l'indemnité qu'ils stipulent soit fixée avec discrétion ». Vers 1830, on assimila complètement la propriété des offices à une propriété quelconque ; on en conclut que le titulaire d'une charge en ayant la propriété, on ne peut lui contester la faculté de la vendre et d'en déterminer le prix.

Sous la monarchie de juillet de nombreuses déconfitures provoquèrent de nouvelles limitations au prix des offices ; jusqu'en 1848 le prix des offices devait représenter au maximum dix années de revenu. C'était exiger des offices un revenu de 10°/° ; on le trouva insuffisant et on le porta à 12°/°.

On a reconnu dans la suite les inconvénients d'une base fixe ; fréquemment un office donne un revenu très élevé uniquement dû à la personnalité du titulaire, à ses capacités exceptionnelles, à des circonstances économiques momentanément favorables. La disparition presque fatale de ces causes dans un temps très bref entraîne la diminution des revenus de l'office : le prix consenti est trop onéreux pour l'acheteur.

La chancellerie s'inspire dans ses décisions des circonstances susceptibles d'influer sur le prix de la cession et l'avenir de l'étude. Elle laisse aux contractants une assez grande latitude, mais elle a néanmoins fixé des bases déterminant un maximum de prix qu'elle ne laisse jamais dépasser. Le taux minimum est de 15 % pour les notaires, 20 % pour les avoués, 12 % pour les greffiers non compris leur traitement ; pour les huissiers il doit être supérieur à 20 % .

Pour assurer l'observation de ces principes la chancellerie exige que le prix consiste en une somme d'argent déterminée dès le moment de la cession et non susceptible de modifications ultérieures.

C'est ainsi qu'elle prohibe la stipulation d'une rente viagère : comment saurait-on si le sacrifice que s'impose le cessionnaire de l'office dépassera ou non le chiffre accepté par le Gouvernement ?

Un prix fixé de la sorte ne serait exactement déterminable qu'à la mort du crédi-rentier. On ne peut échanger un office contre un immeuble, ni contre un autre office ; quand deux officiers ministériels veulent échanger leurs offices, ils sont obligés de faire deux traités distincts et indépendants, dont chacun est soumis aux mêmes conditions de validité que s'il avait été fait seul. Il n'y a pas échange à proprement parler. On appliquera à chacun d'eux les règles de la cession sans que l'invalidité de l'un puisse influencer le sort de l'autre.

La vente du mobilier de l'étude, des livres, de l'immeuble peut avoir lieu en même temps que celle de l'office, mais il faut faire deux ventes et indiquer deux prix, l'un pour l'office, l'autre pour le mobilier.

La chancellerie n'a pas le pouvoir d'imposer aux parties une réduction du prix ; elle ne peut qu'agréer ou refuser le candidat, ou promettre de l'agréer à la condition que les clauses qu'elle réprouve soient modifiées ; si les parties ne consentent pas à accepter la réduction, le traité devient caduc.

C'est pour cela que le prix doit être déterminé avant la demande de nomination ; la chancellerie perdrait sans cette précaution tout contrôle sur le prix. Si les parties, usant de la faculté que leur confère l'art. 1592 C. civ., conviennent de s'en

remettre pour la fixation du prix à l'arbitrage d'un tiers, l'arbitre devra avoir statué avant la présentation du cessionnaire. Sa décision sera jointe au traité de cession.

Tant que le prix de la cession n'est pas déterminé, il n'y a pas vente, puisqu'il n'y a pas consentement sur la chose et sur le prix, et le titulaire pourrait sans s'exposer à une condamnation à des dommages-intérêts céder son office à une autre personne (1).

Le paiement du prix doit être fait au lieu et dans le temps où doit se faire la délivrance (1651 civ.) ; la délivrance se fera aussitôt après la prestation de serment.

Les parties régleront le plus souvent par des conventions particulières l'époque et le mode du paiement. — Rien ne s'oppose à ce que le cédant accorde au cessionnaire pour se libérer des délais plus ou moins longs ; dans ce cas, l'acheteur devra de plein droit les intérêts du prix (1652 C. civ.), à dater de la prestation de serment (2). Le gouvernement ne tolérerait pas que le taux des intérêts excédât 5 % (3).

(1) Douai, 13 août 1873, D. suppl. V^o *office*, § 41.

(2) Req. 19 oct. 1904, D. 65. 1. 13.

(3) La jurisprudence a donné à la loi du 3 sept. 1807 une interprétation absolument restrictive. La Cour de cassation (arrêt du 17 mars 1899, D. 1900. 1. 5) déclare que le taux de l'intérêt est libre toutes les fois que le contrat intervenu en-

Le droit du cessionnaire et du cédant de fixer pour le paiement une époque quelconque postérieure à la prestation de serment est incontestable ; mais ils ne peuvent stipuler que le prix sera payable avant la prestation de serment (1).

La chancellerie en prohibant le paiement comptant a pour but de sauvegarder les droits des créanciers du cédant : elle les protège contre tout paiement qui pourrait être fait au préjudice de leurs droits entre le moment de la cession et celui de la prestation de serment. Cette précaution est utile : la cession est un acte occulte que le cédant et le cessionnaire peuvent être les seuls à connaître ; si le paiement comptant n'était pas prohibé, les créanciers du cédant seraient lésés. Au contraire le décret de nomination, la prestation de serment reçoivent une publicité suffisante pour que les créanciers de l'ancien officier aient connaissance de la cession et se mettent en mesure d'assurer la conservation de leurs droits, en faisant opposition au paiement du prix entre les mains du cessionnaire.

tre les parties n'est pas rigoureusement un prêt d'argent rentrant dans la définition traditionnelle et légale de ce contrat (1892 s. c. civ.) ; elle a déclaré licite la stipulation d'un intérêt de 6,50 % dans un contrat de vente dont le prix est payable à terme. Voy. aussi dans le même sens. Dijon, 12 déc. 1894, D. 97. 2. 203 et Paris 20 janv. 1892, D. 93, 2, 305.

(1) Circul. 28 juin 1849, D. 49, 3, 62.

Toute clause aboutissant au même résultat que le paiement anticipé proprement dit, est également prohibée ; par exemple on ne peut convenir que le prix de cession se compensera avec une somme égale due par le cédant au cessionnaire.

Cette prohibition est imposée aujourd'hui par la chancellerie à tous les officiers ministériels sans distinction, sans avoir égard à leur situation de fortune ; elle rejette absolument tout traité qui ne contient pas la clause que le paiement sera fait *au plus tôt* après la prestation de serment.

Si un paiement anticipé a eu lieu en fait en dépit de la clause insérée au contrat de cession, faut-il en admettre la validité ? Longtemps la jurisprudence l'admit, estimant que, lorsque l'intérêt social n'est pas engagé dans un débat et qu'il ne reste en présence que des intérêts purement privés, la justice est ramenée à l'application des principes du droit commun, et doit ordonner l'exécution des conventions écrites, quoique le gouvernement les eût prohibées. La créance du prix est née du jour du contrat sous la condition suspensive de l'approbation du gouvernement : l'approbation du gouvernement rétroagit au jour de l'acquisition de l'office (1179, C. civ.) et valide les paiements faits dans l'intervalle (1).

(1) Toul, 12 déc. 1845, D. 46, 2, 46. Req. 11 déc. 55 D. 55. 1.464.

Depuis 1864, la jurisprudence est revenue sur sa première opinion ; il appartient au gouvernement d'examiner jusqu'à quel point il peut être dans l'intérêt de l'ordre public et de l'honneur des fonctionnaires placés sous sa surveillance qu'un officier public ne puisse disposer de son office de manière à frustrer tout ou partie de ses créanciers du prix qu'il touchera et que le successeur lui-même ne puisse s'associer à de tels actes (1).

La transmission des offices ministériels soumise à l'approbation du gouvernement ne peut avoir lieu sous d'autres conditions que celles exprimées dans l'acte écrit produit à l'appui de la demande de nomination du cessionnaire : toutes conventions qui en modifient les clauses sont frappées d'une nullité absolue, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les causes principales et les clauses accessoires (2).

Tout paiement anticipé est nul ; le cessionnaire ne peut imputer sur son prix à l'encontre des créanciers du cédant les paiements qu'il a faits à ce dernier avant son installation. Jusqu'au jour de la prestation de serment les créanciers peuvent saisir-arrêter le prix de la cession.

(1) Cass. 2 Mars 1864 D. 64, 1. 155.

(2) Cass. 5 août 1885, D. 86, 1, 167. — Nous nous bornons ici à indiquer le principe qui sert de fondement à la jurisprudence ; nous le discuterons dans le chapitre des contre-lettres.

La nullité du paiement anticipé entraîne celle du cautionnement fait pour le garantir ; la caution qui refuse de payer avant l'installation du cessionnaire ne peut encourir aucune condamnation à des dommages-intérêts.

Le paiement fait par anticipation n'est donc pas opposable aux tiers ; cela suffit pour assurer la protection des créanciers du cédant. Il est valable entre les parties : le cédant ne peut réclamer une seconde fois le prix qu'il a reçu avant son installation. C'est conforme à la maxime que nul ne peut s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui, conforme aussi aux motifs qui ont fait édicter par la jurisprudence la nullité du paiement anticipé : cette nullité a surtout pour but de prévenir l'exagération du prix de l'office et les conséquences dangereuses qui en résulteraient pour l'officier ministériel et ses clients (1).

De la nullité du paiement anticipé ne doit-on pas conclure à la nullité de la cession de ce prix fait avant la prestation de serment ? La jurisprudence proscrit la délégation du prix à l'un des créanciers du cédant, et même au précédent vendeur, ne voulant pas laisser des causes de préférence s'établir entre les créanciers. Mais elle reconnaît la validité du transport cession de ce

(1) Noté MOREAU dans S. 64. 1. 161.

prix faite sans fraude par le cédant à un tiers avant la prestation de serment.

L'intérêt de la question est grand : le privilège du vendeur d'effets mobiliers ne peut s'exercer que sur le prix, et ne subsiste plus quand la créance représentative du prix de l'office est sortie du patrimoine du débiteur par une cession régulière.

La cession du prix de l'office aliéné est-elle possible avant la nomination du titulaire (1) ? On a d'abord argué en sens contraire de l'interdiction faite par la chancellerie de déléguer le prix dans le traité de cession, d'où la jurisprudence a conclu à la nullité de cette délégation. Il est facile de répondre que cette interdiction n'entache en rien la validité de la cession faite par acte séparé du traité ; le transport cession du prix est un acte indépendant du traité ; il n'intervient pas entre le cédant et le cessionnaire et n'a jamais été soumis à l'approbation du gouvernement ; le droit commun s'applique seul.

La créance du cédant contre l'acquéreur de l'office est une créance conditionnelle, subordonnée à l'approbation du traité de cession par le gouvernement. La condition rétroagit au jour du contrat (1182 C.civ.) ; cette rétroactivité valide les

(1) Dans le sens de l'affirmative. Bastia, 26 oct. 1903, D. 05. 2. 361.

actes de disposition de la créance faits *ab initio* par le créancier.

M. Wahl (1) objecte que cette créance n'est pas conditionnelle mais future (2) ; l'approbation du gouvernement n'est pas une condition suspensive opposée au traité ; c'est le complément du traité comme le décret qui promulgue une loi est le complément de cette loi, comme l'autorisation du conseil de famille est le complément de l'acte passé par le tuteur. Le nouveau titulaire ne peut avant sa nomination remplir les actes de sa fonction ; en dépit de sa nomination postérieure les actes faits dans l'intervalle qui s'écoule entre la cession et la nomination resteront nuls. On ne comprend pas que l'approbation du gouvernement ait tantôt un effet rétroactif et que tantôt elle n'ait d'effet que du jour où elle est prise ou même postérieurement.

L'argumentation de M. Wahl est spécieuse, mais la réfutation en est aisée. M. Wahl confond dans l'office la clientèle et la fonction. Sans doute la nomination ne valide pas les actes faits par le postulant entre la cession et la nomination ; cela vient de ce que le gouvernement seul peut investir

(1) Note sous Montpellier 21 fév. 95. S. 96. 2. 186.

(2) Nous verrons plus loin que, fût-elle future, cette créance ne serait pas moins cessible.

de la fonction l'acquéreur de la clientèle. Jusque là il n'est qu'acquéreur d'un bien incorporel ; il n'est pas fonctionnaire.

Il y a dans le décret de nomination deux choses distinctes :

1° L'approbation d'un traité conclu entre le fonctionnaire démissionnaire et la personne qui aspire à le remplacer ; elle rétroagit au jour de la cession.

2° La nomination du postulant à une fonction publique ; elle ne rétroagit pas, parce qu'elle constitue un acte de puissance publique indépendant du traité.

On conçoit très bien que les actes de la fonction soient interdits au cessionnaire tant qu'il n'est pas nommé ; — et qu'en même temps, puisqu'il est propriétaire de la clientèle sous condition suspensive, son prédécesseur puisse céder la créance qu'il a contre lui à raison de la vente de cette dernière.

La décision du gouvernement est bien une condition suspensive mise à la cession de la clientèle ; mais elle est aussi un acte de nomination à une fonction : elle n'est pas, comme semble le dire M. Wahl, l'un *ou* l'autre, elle est l'un *et* l'autre.

Quand le cessionnaire revend l'office qu'il a acquis sans en payer le prix et cède l'indemnité à

un tiers, son cédant perdra son privilège. Sera-t-il déchu, par application de l'art. 1188 C. civ. du bénéfice du terme qui lui avait été concédé ? Non ; le cessionnaire en agissant ainsi diminue sans doute les garanties de son vendeur, mais non pas celles qu'il lui avait concédées par son contrat. Les privilèges ont leur source dans la loi, non dans la convention. Cette diminution de sûreté ne tombe pas sous le coup de l'art. 1188 C. civ.

La cession du prix de l'office est possible entre le jour de la cession de l'office et celui de l'installation ; peut-elle être faite avant la cession de l'office ? — Cela revient à se demander si les créances futures sont cessibles.

D'après l'art. 1130 civ. « les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation ». Les articles du Code civil interdisant les pactes sur successions futures nous présentent cette prohibition comme une exception. Tant qu'aucun texte exprès ne défend une convention, il faut la déclarer valable, si elle n'est pas contraire à l'ordre public. L'ordre public n'est nullement intéressé ; l'office est insaisissable et son fonctionnement ne sera nullement gêné par la cession de sa valeur. Le gouvernement n'a pas à s'en occuper, car il fixera le prix sans en tenir compte.

Si l'effet de la cession d'une créance future est d'empêcher les créanciers de bénéficier de cette partie de l'actif à venir de leur débiteur, c'est la

simple conséquence des lois qui font des biens présents du débiteur le gage unique de ses créanciers. Ceux-ci ne peuvent pas se plaindre des actes accomplis sans fraude par leur débiteur (1167 civ.). Ils n'ont qu'à s'en prendre à eux-mêmes si le cessionnaire de la créance plus diligent qu'eux a fait opposition entre les mains du débiteur cédé avant qu'ils aient pris les mesures nécessaires pour la rendre inefficace : car, si la cession du prix faite avant la vente de l'office est valable entre les parties, le cessionnaire du prix ne pourra être saisi de la créance vis-à-vis des tiers que postérieurement à la cession : jusque-là il n'y aura pas de débiteur à qui il puisse faire les significations exigées par l'art. (1690 C. civ.) (1).

Cette solution cadre parfaitement avec notre théorie de la nature des offices ; si la fonction et le droit de présentation sont hors du commerce, il en est autrement de la clientèle, valeur patrimoniale au même titre que toutes les autres et qui n'échappe aux règles du droit commun que quand il serait impossible de les lui appliquer sans porter atteinte à l'organisation des fonctions publiques.

La cession de l'indemnité représentant la valeur

(1) Toulouse, 16 janv. 1849, D. 49. 1. 35. *Contra*, Caen, 27 déc., 58, D. 59. 2. 283.

de l'office est-elle encore possible au cas de destitution ou de démission forcée ?

La jurisprudence ne l'admet pas : elle se fonde sur ce que le prix de l'office est l'équivalent du droit de présentation. Or ce droit étant perdu en cas de destitution, l'officier ministériel perd tout droit sur sa charge ; la somme que l'administration oblige le successeur à payer ne constitue pas le prix de l'office, elle n'est qu'un dédommagement équitable gracieusement accordé par la chancellerie aux créanciers et ayants-cause de l'officier destitué ; le gouvernement leur a donné sur cette indemnité un droit direct (1).

Nous avons déjà dit (2) ce que nous pensions de cette jurisprudence ; le gouvernement n'a pas le droit d'attribuer directement aux créanciers de l'ex-officier ministériel la valeur d'un bien qui fait partie du patrimoine de ce dernier. D'ailleurs les créanciers ne peuvent la recueillir que comme ayants-cause de l'ancien officier ; ils la trouvent dans son patrimoine et ils doivent subir les conséquences des actes faits sans fraude par leur débiteur.

Pour les cessions du prix faite à la suite d'une démission forcée, la jurisprudence est encore plus

(1) Cass. 13 février 1849, S. 49. 1. 285.

(2) Première partie p. 26.

inexplicable; elle est en contradiction avec ses propres solutions.

Elle maintient le privilège du vendeur sur l'indemnité attribuée à l'ex-officier démissionnaire; cela prouve évidemment qu'elle considère que cette indemnité fait partie de son patrimoine, et qu'il peut en disposer comme de tous ses autres biens, — puis elle lui refuse le droit de la céder prétendant que le gouvernement l'a attribuée uniquement à ses créanciers. Un droit direct est né à leur profit. Cette indemnité n'a jamais reposé sur la tête du démissionnaire, et la cession qu'il a faite est la cession d'une créance inexistante (1).

Cette jurisprudence se heurte aux mêmes objections que nous avons faites pour le cas de destitution et ne pouvons que la rejeter.

Supposons un transport du prix de cession valablement fait. — Quelles seront les conséquences qu'auront sur ce transport les modifications que la chancellerie fera subir au traité de cession?

Ces modifications n'entacheront pas la validité de la cession du prix; le transport du prix, comme la vente de l'office, est soumise à la condition de l'agrément du gouvernement et de l'acceptation par les parties des modifications proposées par lui.

(1) Voy. en cette question l'examen doctrinal de M. CHARMONT dans la *Revue critique* 1904, p. 463, et les arrêts cités. Brest, 21 juillet 1902, D. 04, 2, 229.

La réalisation de ces conditions rétroagit au jour du premier traité, et non pas seulement au jour où les parties accepteront la réduction exigée (1).

Si le gouvernement ne se contentant pas de simples modifications rejetait pour le tout le traité, exigeant que les parties traitent sur de nouvelles bases, la condition serait défaillie et la cession non avenue. Si dans la suite un nouveau traité intervenait accepté par le gouvernement, son adhésion ne rétroagirait qu'au jour de ce second traité (2).

§ 3. *Privilège du cédant.* — En droit commun, le vendeur possède quatre garanties : a) droit de rétention dans la vente au comptant ; b) action en revendication ; c) droit de résolution ; d) privilège.

Quelles sont celles de ces garanties qui subsistent au profit du cédant d'un office ministériel ?

Le droit de rétention ne se conçoit guère ; le Code civil ne l'accorde que dans la vente au comptant et le paiement du prix d'un office ne peut se faire qu'après la prestation de serment. En outre dès que le cessionnaire est nommé, il est tenu de faire la délivrance ; son intérêt ne peut prévaloir contre l'investiture du chef de l'Etat.

(1) Req. 11 déc. 1855 D. 55, 1, 464.

(2) PERRIQUET, *Op cit*, p. 487.

Les mêmes raisons s'opposent à l'exercice de l'action en revendication.

Restent le droit de résolution et le privilège. L'exercice du droit de résolution est impossible ; le cessionnaire une fois nommé est un fonctionnaire qui ne peut être destitué ou révoqué que dans les cas où la loi le permet et avec les formalités prescrites ; les tribunaux ne peuvent pas entraver l'exécution d'un acte valablement fait par l'autorité publique. L'exercice de ce droit ne serait possible qu'antérieurement à la nomination ; par exemple dans le cas où le cessionnaire tarde à se faire nommer, le cédant peut poursuivre contre lui la résolution de la vente (1). Mais l'action en résolution ne peut être considérée comme une garantie du paiement, car le paiement ne peut être exigé avant la nomination, et après la nomination, il est trop tard pour l'exercer.

La seule garantie que puisse avoir le cédant est le privilège de l'art. 2102.4° du code civil. Faut-il le lui accorder ?

Les motifs qui ont fait admettre le privilège au profit du vendeur de meubles se retrouvent ici : le cédant a mis dans le patrimoine de l'acquéreur un bien qui en augmente la valeur ; sans la cession, les créanciers n'auraient pas eu l'office dans leur gage. Il n'est pas juste qu'ils en profitent au détri-

(1) *Suprà* p. 110.

ment du cédant, d'autant plus que celui-ci peut très bien être considéré comme n'ayant transmis l'office que sous retenue d'un droit de préférence sur sa valeur.

Les textes sont-ils d'accord avec la logique et l'équité pour nous permettre d'accorder un privilège au cédant ? (1)

La négative a été soutenue par quelques auteurs et quelques arrêts, qui se basent sur ce que :

1° — L'office n'est pas un effet mobilier dans le sens où ce mot est pris dans l'art. 2102.4° C. civ ;

2° — Le privilège du vendeur ne peut s'exercer que sur les effets encore en la possession de l'acquéreur ; or l'office n'est plus en la possession du cessionnaire dès l'instant où son successeur a été nommé et ce n'est précisément qu'après la nomination que le cédant pourrait exercer son privilège.

Examinons ces deux objections :

1° L'expression « effets mobiliers » employée par l'art. 2102.4°, civ. comprend-elle les offices ?

D'après Mourlon (2) le privilège de l'art. 2102.4°

(1) L'admission du privilège de l'art. 2102.4° au profit du cédant d'un office suppose évidemment que la cession d'office est une vente. Nous avons déjà discuté cette question (V. *suprà* 2^e partie, chap. 1^{er}).

(2) MOURLON. Examen du commentaire de M. TROPLONG sur les privilèges p. 328.

C. civ. est restreint aux ventes de meubles corporels. — Cet article déclare privilégié le prix des effets mobiliers non payés, mais par « effets mobiliers », la loi entend les meubles corporels.

Les articles 1606 et 1607 C. civ. opposent l'une à l'autre ces deux expressions : effets mobiliers, droits incorporels. Il est évident aussi que dans l'art. 1657 C. civ. les termes « effets mobiliers » ne s'appliquent qu'aux meubles corporels.

Les termes mêmes de l'art. 2102. ne confirment-ils pas cette opinion ? — Cet article s'exprime ainsi : « si la vente a été faite sans terme, le vendeur peut *revendiquer* les objets vendus ; » or un office n'est pas susceptible de revendication.

La revendication ne serait admise que si les effets se trouvaient dans le même état. Cela suppose nécessairement qu'il s'agit de choses corporelles, une modification dans l'état matériel étant impossible pour un meuble incorporel.

Notre article ne permet au vendeur d'exercer son privilège qu'après celui du propriétaire de la maison : cela ne revient-il pas à dire que le privilège du vendeur ne peut s'exercer que sur les biens soumis au privilège du bailleur ? Et, seuls les meubles garnissant la maison louée en sont frappés ; les meubles incorporels y échappent.

Mourlon, tout en déplorant les conséquences de la doctrine qu'il défend, déclare n'en pouvoir accepter d'autre ; les privilèges sont de droit

étroit; on ne peut combler les lacunes de la loi par des analogies.

La doctrine et la jurisprudence sont opposées à la théorie de Mourlon; elles ont admis le privilège au profit du cédant d'un office ministériel (1).

L'art. 535 C. civ. donne à l'expression « effets mobiliers » un sens très général en disant : « l'expression effets mobiliers comprend tout ce qui est censé meuble d'après les règles ci-dessus établies », ce qui revient à dire qu'elle désigne tout ce qui n'est pas immeuble et par suite les offices ministériels.

En dehors des cas où la loi (1606-1607 C. civ.), limite elle-même le sens de cette expression, il faut lui reconnaître le sens général de l'art. 535 C. civ; or, c'est bien ici le cas. Un texte formel serait nécessaire pour enlever au cédant de l'office le privilège que lui accordent la loi et l'équité.

L'art. 2102.4° C. civ. exige pour l'exercice du privilège que les *objets vendus soient encore en la possession du débiteur*; dès que la possession cesse, le privilège s'évanouit. Or l'office cesse d'être possédé par le débiteur dès que son successeur est nommé.

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES : *Des privil. et hyp.* 1 p. 384. -- THÉZARD, *Du nantissement, des privilèges et hypothèques*.

La Cour de Rouen (1) a jugé que tout privilège est un droit exorbitant qui doit être restreint et que le cédant qui n'a fait aucun acte conservatoire entre les mains de son débiteur avant la cession que celui-ci a consentie à son tour, perd son privilège.

La Cour de Nancy (2) considère que l'art. 2102.4° C. civ. qui sanctionne ce privilège, se combine avec le principe de l'art. 2279 C. civ. et en subordonne la durée à celle de la possession du débiteur ; si la chose vendue est passée en d'autres mains, le nouvel acheteur la possède libre du privilège dont elle était grevée ; vainement on voudrait alors faire revivre sur le prix de la revente le premier privilège du premier vendeur ; s'il est incontestable que la préférence sur le prix n'est qu'un effet du droit sur la chose, il faut dire que quand ce droit s'est évanoui, il n'y a plus de préférence possible sur le prix parce qu'il n'y a pas d'effet sans cause.

Si l'on admet que le privilège ne porte pas sur le prix mais seulement sur l'objet lui-même, il faut de toute évidence refuser au cédant d'un office ministériel le privilège du vendeur ; l'office est insaisissable ; le privilège du cédant disparaît au moment précis où on pourrait l'exercer.

Cette jurisprudence était trop rigoureuse : elle

(1) Rouen, 16 avril 1830, D. V° *Offices*, n° 366.

(2) Nancy, 2 mars 1850, D. 50. 2. 122.

privait de son privilège une personne à qui on ne pouvait reprocher son inaction, puisqu'il lui était impossible d'agir; ce n'est qu'au moment de la cession, c'est-à-dire au moment où la chose est transformée en une somme d'argent que l'exercice du privilège est possible.

L'art. 2102-4° exige que l'objet grevé du privilège soit encore en la possession du débiteur pour assurer la sécurité des transactions commerciales; c'est une simple application de la règle écrite dans l'art. 2119 C. civ. : Meubles n'ont pas de suite par hypothèque. On n'a pas le droit d'inquiéter un acquéreur qui a pu ignorer de bonne foi l'origine de la propriété qu'il achetait, — et qui le plus souvent eût été bien embarrassé, en l'absence de toute publicité légale, pour savoir si le précédent vendeur avait été payé.

Les motifs de cette disposition en limitent la portée; l'acquéreur ne doit pas être inquiété. On ne peut saisir contre lui l'objet grevé du privilège. Mais que deviendrait le privilège du vendeur si on ne permettait pas de l'exercer sur le prix, particulièrement en matière d'offices où la saisie est impossible même dans le patrimoine du premier acquéreur? « L'exercice du privilège, dit M. Baudry-Lacantinerie suppose nécessairement la transformation de la chose en argent. » Le privilège se résout en un simple droit de préférence sur le prix, et cette solution est raisonnable: le

sous acquéreur ne sera pas troublé dans sa possession puisque la loi le veut ainsi ; l'exercice du privilège sur le prix qu'il doit ne peut pas le gêner.

« Le privilège qui nous occupe est fondé sur cette considération que le vendeur ayant mis la chose vendue dans le patrimoine de l'acheteur, il est juste que cette chose lui soit affectée par préférence. Ce qui est vrai de la chose ne l'est-il pas du prix, et n'est-il pas exact de dire : *pretium succedit loco rei* ? » (1)

Cette interprétation est confirmée par l'art. 2102, 1^o C. civ., d'après lequel les loyers et fermages sont privilégiés sur *le prix* de tout ce qui garnit la maison ou la ferme. Il en est du privilège du vendeur comme de celui du bailleur.

Le cédant d'un office ministériel exercera son privilège sur la créance du prix que son cessionnaire aura contre son successeur ; pourrait-il l'exercer encore si par suite d'une seconde revente l'office était passé du patrimoine du second acquéreur dans celui d'un troisième ?

La question est très controversée. La jurisprudence décide que, si le vendeur d'un office est privilégié sur le prix de la revente consentie par

(1) BAUDRY LACANTINERIE et DE LOYNES. — *Privilèges et hypothèques*, p. 390.

son successeur immédiat, il cesse de l'être sur le prix des reventes ultérieurement consenties.

M. Pont (1) trouve cette solution « inconséquente en ce que la Cour prenant pour base de sa décision l'idée que le privilège est éteint par la dépossession du débiteur n'avait pas à distinguer, ainsi qu'elle l'a fait, entre le prix d'une première revente et le prix de reventes ultérieures, puisque la première revente est celle précisément qui dessaisit le débiteur et opère une dépossession à laquelle les reventes ultérieures ne sauraient rien ajouter; inexacte, puisque la Cour confond ici le droit de suite qui est hors de cause avec le droit de préférence qui est seul en question. Que le dernier acquéreur ne puisse être dépossédé, cela est incontestable, car les meubles n'ont pas de suite par hypothèque, ni par privilège. Mais reste le prix que ce dernier acquéreur doit payer, et par conséquent reste la chose même qui sert d'aliment au droit de préférence. Or ce droit appartient incontestablement au vendeur primitif. Qui donc prendrait le pas sur lui? Ce vendeur intermédiaire? Non, car son droit à lui, premier vendeur, est opposable à chacun des acquéreurs subséquents, conformément au texte formel de 2103-1° civ. dont la disposition, quoique écrite dans une vente d'im-

(1) PONT, *Privilèges et hypothèques*, n° 150.

meubles, doit être appliquée ici, l'analogie étant parfaite. Seraient-ce les créanciers des acquéreurs? Pas davantage, car le prix est la représentation de la chose que le vendeur primitif a mise dans le patrimoine du débiteur et dont par conséquent nul ne peut s'enrichir équitablement à son préjudice».

M. Valette admet aussi que de plusieurs vendeurs successifs d'un meuble, le premier doit être préféré au second, le second au troisième et ainsi de suite; chacun des vendeurs a un droit opposable aux acheteurs subséquents et à leurs créanciers, mais non à ceux qui avant l'établissement de son droit avaient déjà un privilège acquis sur le même objet. Comme Pont, il argumente de l'art. 2103 (1).

Mourlon est du même avis : « Le prix de la dernière vente est dû à Tertius, cessionnaire de Secundus ; or si Secundus peut l'exiger comme prix de la chose par lui vendue, il y a droit en qualité de vendeur, Primus son cédant peut l'exiger au même titre et y a droit en la même qualité » (2).

La jurisprudence avait d'abord par deux arrêts (3) admis ce système dans le cas où le cédant avait fait des oppositions constamment

(1) VALETTE, *Privilèges*, n° 116, p. 159.

(2) MOURLON, *Op. cit* n° 121.

(3) Paris, 23 mai 1838, D. V° *Office* n° 334 note, et Caen, 24 juin 1839, D. V° *Priv. et hyp.* n° 346, 2°.

renouvelées à l'occasion de chacune des reventes de l'office. Ces deux arrêts sont restés isolés ; la jurisprudence s'est toujours prononcée en sens contraire (1).

Le cédant ne peut exercer son privilège sur le prix dû au deuxième acquéreur par le troisième, parce que cela supposerait l'existence d'un droit de suite en matière de meubles. L'art. 2103 dispose qu'au cas de reventes successives, le premier vendeur est préféré au second, le second au troisième et ainsi de suite, mais cet article est spécial aux privilèges immobiliers. On ne peut avoir de droit de préférence sur le prix dû par un sous-acquéreur qu'en vertu d'un droit de suite. Or, si après une première revente, la créance du prix est encore dans le patrimoine du cessionnaire, il n'en est plus de même dès que le sous-acquéreur a revendu l'office.

C'est dans son patrimoine alors qu'elle se trouve et le cédant primitif ne saurait aller l'y atteindre. « Au cas d'une seconde revente ce n'est plus le premier cessionnaire mais bien le second qui détient la valeur du droit de présentation, et il est évident que le privilège du titulaire primitif ne pourrait frapper cette valeur qu'autant que le droit de présentation serait en vertu du droit de suite

(1) Cass. 8 août 1860, D. 60, 1, 377. Orléans, 3 juillet 1847. D. 47, 2, 181. Paris, 24 mai 1854. D. 54, 2, 148.

resté affecté à sa créance entre les mains du second cessionnaire » (1).

Le premier vendeur en sera réduit à exercer les droits de son débiteur en vertu de l'art. 1166 C. civ. ; son débiteur sera privilégié sur la valeur de l'office, mais lui ne le sera pas. La somme qu'il fera rentrer de la sorte dans le patrimoine de celui-ci formera le gage commun de tous ses créanciers (2).

La cession d'un office a un double objet : 1^o la clientèle ; 2^o les recouvrements.

Le privilège garantit-il les créances que le cédant a de ces deux chefs contre son cessionnaire ?

Non ; les recouvrements sont totalement distincts de l'office et si le premier cédant les a cédés à son successeur, rien n'empêche celui-ci de se le réserver quand il cèdera l'office à son tour. Leur prix n'est pas privilégié sur le prix de la revente de l'office.

Quand avec l'office, le cessionnaire cède lui aussi les recouvrements, le prix stipulé lors de la première cession est-il privilégié sur le prix de la seconde ? L'article 2102-4^o doit s'appliquer encore et nous reconnaitrons qu'en principe le privilège existe ; mais en fait son exercice sera très

(1) AUBRY et RAU. III, § 261.

(2) AUBRY et RAU. III, p. 156.

limité, car le cédant devra prouver que les recouvrements qui font l'objet de la cession sur le prix de laquelle il réclame son privilège sont les mêmes qu'il avait auparavant cédés à son successeur. « Il devra faire apparaître l'identité entre ces recouvrements et ceux qui ont été transmis à nouveau par son cessionnaire » (1).

Le privilège ne garantit que le prix stipulé dans l'acte ostensible approuvé par la chancellerie ; c'est une conséquence de la nullité des contre-lettres. Non seulement le cédant n'a pas le droit d'être colloqué par privilège pour le prix stipulé dans une contre-lettre, mais il ne peut même pas être colloqué du tout : la créance résultant d'une contre-lettre est nulle.

Une conséquence de cette idée est qu'un acte écrit est nécessaire pour donner naissance au privilège, tout acte non approuvé par la chancellerie étant nul comme contre-lettre.

La conservation et l'exercice du privilège n'ont donné lieu dans notre législation à aucune disposition particulière. Les garanties accordées dans notre ancien droit au cédant d'un office par la procédure de l'opposition au sceau n'existent plus. La créance du cédant, quoique privilégiée ne lui donne pas le droit de saisir l'office : il devra

(1) PERRIQUET, *op. cit.* p. 468, § 529.

attendre le moment où l'office se transformera dans le patrimoine de son successeur en une valeur saisissable, c'est-à-dire en une créance contre le sous-acquéreur. Il pourra alors faire saisir-arrêter le prix de la cession entre les mains de celui-ci.

Il le pourra même si sa propre créance n'est pas exigible, car cette saisie-arrêt a un caractère purement conservatoire ; bien entendu, il ne pourra pas exiger le paiement avant l'arrivée du terme fixé par la convention. Le prix sera laissé au sous-acquéreur ou déposé à la Caisse des dépôts et consignations jusqu'à l'exigibilité de la créance du premier vendeur (1). C'est une exception au principe que l'on ne peut saisir que pour une créance exigible. M. Garsonnet l'accepte ; cette exception « est la conséquence inévitable d'un principe très généralement admis, c'est que le privilège du vendeur de meubles subsiste malgré la revente, et porte sur le prix de cette revente, tant que ce prix n'est ni payé, ni cédé, ni attribué judiciairement à d'autres créanciers... Cette saisie-arrêt est la seule manière de faire valoir efficacement ce privilège que la loi ne fournit aucun moyen de conserver ».

(1) Caen, 8 août 65. D. 66. 5. 324. Paris, 26 avril 50. D. 50. 2, 148. — AUBRY et RAU, III, p. 156. — BAUDRY-LACANTINERIE, *Priv. et hyp.* I, n° 513. — GARSONNET, III p. 686.

Le cédant impayé peut encore faire saisir-arrêter si le prix de la revente n'est pas exigible ; le sous-cessionnaire ne sera tenu de payer qu'à l'époque où sa dette sera échue. La Cour de Caen a décidé que cette saisie-arrêt ne devrait pas être validée, lorsque le cessionnaire offrirait au cédant de nouvelles garanties jugées suffisantes (1).

Notons enfin qu'elle est possible aussi avant la nomination ou l'installation du sous-acquéreur, puisque la nomination et la prestation de serment rétroagissent au jour du traité (2) : ce sont des conditions suspensives à la réalisation desquelles sont soumises la créance du cédant et la validité de la saisie-arrêt. La saisie-arrêt dès qu'elle est signifiée au sous-acquéreur empêche le cessionnaire de faire aucun acte de disposition de la créance du prix, et le sous-acquéreur à son tour ne peut valablement payer au préjudice du cédant (1242 civ.).

La destitution d'un officier ministériel entraîne-t-elle la disparition du privilège de son prédécesseur sur la valeur de l'office ? — Ce privilège subsiste-t-il sur l'indemnité mise par le gouvernement à la charge du nouveau titulaire pour être versée à qui de droit ?

(1) Caen, 8 août 65, précité.

(2) PERRIQUET, *op. cit.* p. 475.

Si on n'avait égard qu'à notre théorie de la nature des offices, on pourrait s'étonner que la question ait pu se poser ; comment la destitution d'un officier ministériel peut-elle, en l'absence d'un texte précis, priver son prédécesseur d'un droit qui lui est conféré par le code ? Celui-ci a vendu à crédit son office, c'est-à-dire sa clientèle ; son successeur a été destitué, et, privé de la fonction et du droit de présentation, il ne peut ni garder la clientèle, ni la transmettre ; il y a là une véritable expropriation pour cause d'utilité publique qui oblige le gouvernement à désigner lui-même le nouveau titulaire. Cela doit-il le priver du droit à une juste indemnité ? Non (1) ; dès lors son prédécesseur a le droit d'exercer son privilège sur cette indemnité qui représente vraiment la valeur de l'office.

La jurisprudence pourtant le lui refuse ; elle répartit l'indemnité au marc le franc entre tous les créanciers du cessionnaire sans avoir égard au droit de préférence du cédant. — Elle estime qu'en cas de destitution les conditions requises pour l'exercice du privilège ne se trouvent pas réunies ; lorsque le paiement d'une somme est imposé dans ce cas au successeur d'un officier destitué et comme condition de la nomination de ce succes-

(1) Voy. *suprà* : Première partie, chap. II, p. 30.

seur, cette disposition n'est pas l'exécution d'un commandement de la loi, mais l'usage d'un droit facultatif, inscrit dans l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816, et constaté par la loi du 25 juin 1841 ; le paiement de cette somme n'est pas imposé au nouvel officier en faveur de l'officier destitué à titre d'indemnité pour la perte de son office et comme rémunération du prix de son office, mais il est stipulé le cas échéant comme un équitable dédommagement accordé aux créanciers et ayants-cause (1). La Cour de cassation ajoute que cette somme ne peut être considérée comme étant en possession de l'officier destitué, puisqu'elle n'a été déterminée et l'obligation de la payer contractée que postérieurement à la destitution et lorsque l'officier destitué était dessaisi de l'office et du droit de présentation et après que l'un et l'autre avaient été transmis à son successeur.

D'après la Cour d'appel de Paris, la destitution privant l'officier ministériel du droit de présenter son successeur, ses droits remontent au gouvernement qui l'a nommé ; il n'est pas vrai de dire que cette indemnité soit dans le sens légal du mot un prix sur lequel un privilège de vendeur puisse s'exercer ; cette indemnité ne se rattache en rien à une vente puisqu'il n'y a ni *res*, ni *pretium*, ni *consensus* ; il n'y a pas de chose, car par la desti-

(1) Cass. 7 juillet 1847, D. 47, 1, 257.

tution l'office fait retour à la puissance publique et le droit de présentation, seule chose qui puisse faire l'objet d'une convention privée en cette matière, est anéanti ; il n'y a pas de consentement car le successeur n'a pas traité avec le prédécesseur ; il n'y a pas de prix, puisque le prix est la valeur d'une chose fixée par la volonté même du vendeur et de l'acheteur (1).

Telle est la théorie de la jurisprudence contre la conservation du privilège du cédant au cas de destitution. La perte du privilège découle de sa théorie générale de la nature du droit des officiers ministériels sur leur charge et de sa conception des effets de la destitution. « Une fois que l'on admet franchement et sans réserve, disent MM. Aubry et Rau, que le privilège ne porte en réalité que sur la valeur pécuniaire du droit de présentation, on est forcément amené à conclure que la destitution en enlevant ce droit à l'officier ministériel qui en est frappé anéantit du même coup le privilège de son prédécesseur » (2).

En résumé les arguments de la jurisprudence se ramènent à trois :

1° La chose sur laquelle porte le privilège — le droit de présentation — a péri : celui-ci s'éteint faute d'objet.

(1) Paris, 3 février 1852, S. 52. 2. 56. Cass. 30 mai 1877, D. 77. 1. 295.

(2) AUBRY et RAU, III, § 261, note 23.

2° L'indemnité accordée par le gouvernement n'est pas le prix de l'office : c'est un don gracieux fait aux créanciers de l'officier destitué.

3° L'officier destitué est dépossédé de son office et d'après l'article 2102.4° du Code civil, le privilège n'existe que tant que l'acheteur est en possession.

1° Le privilège s'éteint faute d'objet. — Nos explications antérieures nous dispenseront de nous arrêter à cet argument : nous avons montré que le droit de présentation n'est pas l'objet du droit de l'officier ministériel, mais bien plutôt un mode de transmission de ce droit. Son objet est la clientèle, et ce bien ne périt pas par la destitution ; il reste dans le patrimoine de l'officier destitué ; l'en dépouiller serait commettre une véritable confiscation.

Le privilège du cédant ne repose pas sur le droit de présentation. « puisque les privilèges en matière d'offices existaient quand le droit de présentation n'existait pas, et que d'ailleurs les privilèges ne peuvent avoir pour base que les droits eux-mêmes, comme la propriété, l'usufruit, et non les modes de transmission des droits, comme la donation, l'échange, la présentation à un office » (1). Le privilège a pour unique objet la clientèle.

(1) GENREAU, *Revue critique*, 1853, p. 729.

2^o Cette considération nous fournit la réfutation du deuxième argument de la jurisprudence : l'indemnité accordée par le gouvernement n'est pas la représentation du prix de l'office ; elle n'est qu'un équitable dédommagement accordé aux créanciers et ayants-droit de l'officier ministériel. Evidemment cet argument est une conséquence du précédent ; nous ne pouvons accepter cette deuxième raison après avoir rejeté l'autre : la clientèle reste dans le patrimoine de l'officier destitué, le gouvernement n'a pas le droit de la confisquer ; l'indemnité attribuée à ses créanciers et à lui-même en l'absence de créanciers tourne toujours à son profit et ne peut être considérée que comme le prix de l'office. Le mode de fixation de cette indemnité en est la preuve ; on a égard à l'importance de l'office et non à celle des créances.

Le rapporteur du projet de loi Thézard s'exprimait ainsi dans son rapport au Sénat : « l'indemnité qui doit être payée par le dernier titulaire de l'office est la représentation de la valeur pécuniaire de cet office : l'obligation de la payer n'a d'autre raison d'être que l'investiture de cette valeur conférée à son nouveau titulaire ; ce qu'il acquiert en dehors du titre, de la fonction publique, c'est bien cette propriété qui reposait auparavant sur la tête de l'officier destitué et à une époque antérieure encore sur celle du vendeur dont le privilège nous occupe. Il serait donc logique que

celui-ci pût encore, en invoquant le droit consacré à son profit par la loi, l'exercer sur son ancienne propriété ainsi transformée, et qui se résout dans un cas comme dans l'autre en une somme d'argent à payer en échange de la valeur définitive de l'office » (1).

3° L'officier destitué est dépossédé de son office et d'après l'art. 2102. 4° Code civil l'existence du privilège est subordonné à la possession des objets vendus par l'acheteur. Cela revient à nier dans tous les cas le privilège du cédant puisque l'office étant insaisissable, le privilège ne peut jamais s'exercer que sur son prix, c'est-à-dire que le cédant ne peut jamais faire valoir ses droits qu'à un moment où le cessionnaire est dépossédé (2).

La jurisprudence dit encore que le privilège ne peut s'exercer que sur un prix de vente et que l'indemnité accordée à l'officier destitué ne se rattache en rien à une vente, puisqu'il n'y a ni *res*, ni *pretium*, ni *consensus*. Nous avons déjà dit que la *res*, la clientèle subsiste, le *pretium* également, puisque l'indemnité est la représentation du prix de l'office et que le gouvernement ne pourrait pas ne pas l'accorder. Quant au consentement des

(1) Rapport sur la proposition Thézard. *Journal Officiel*, 1892. Documents parlementaires, Sénat p. 17.

(2) Voy. *suprà*, p. 134.

parties, il faut reconnaître que l'exiger c'est mettre un obstacle insurmontable à l'exercice de tous les privilèges ; c'est surtout après des saisies que s'exercent dans notre droit les privilèges. Le privilège du cédant ne peut naître que d'une vente, mais il s'exerce sur le prix de la chose quel qu'ait été le moyen employé pour la transformer en argent.

Nous proposons de décider que l'indemnité mise par le gouvernement à la charge du successeur de l'officier destitué constitue bel et bien le prix de l'office, et que par suite le cédant non désintéressé peut exercer son privilège sur cette indemnité.

Un grand nombre d'auteurs (1) admettent la persistance du privilège, mais la jurisprudence est depuis près de 60 ans fixée en sens contraire : quelques cours d'appel ont au début résisté, mais depuis longtemps toutes ont dû se rallier à la théorie de la Cour de cassation. Il faut pourtant signaler un arrêt de la cour de Limoges (2) du 6 août 1888 ; d'après cet arrêt l'indemnité dont le gouvernement impose le paiement après destitution d'un officier ministériel représente la valeur

(1) PERRIQUET, *op. cit.* p. 452. — D. Rép. V^o *Office*, n^o 327.
— GENREAU, *Revue critique*, 1853, p. 724. — THÉZARD, *op. cit.* p. 473.

(2) Limoges, 6 août 1888, D. 89. 2. 149.

de la clientèle ; elle entre dans son patrimoine au même titre que ses autres biens et doit être attribuée à tous les créanciers suivant la nature de leurs créances et en se conformant aux causes de préférence que la loi y attache. L'arrêt soumet cette indemnité au privilège général que la loi du 5 septembre 1807 accorde au Trésor public pour le remboursement des frais de justice, mais il refuse d'étendre cette solution au privilège du vendeur. Il y avait cependant mêmes motifs de le faire.

Cette jurisprudence nous paraît contraire à l'équité ; elle aboutit à rendre le cédant d'un office responsable indéfiniment de l'infortune ou de l'inconduite de son successeur. On objecte en vain que le cédant est en faute d'avoir présenté un homme dont la probité était incertaine. On pourrait renvoyer le reproche au Gouvernement, qui, lui aussi, doit s'assurer de la capacité et de la moralité du candidat à un office ; les parquets font avant de rédiger leur rapport de nombreuses enquêtes sur les aptitudes du candidat, ils disposent de moyens d'investigation plus puissants que ceux d'un simple particulier. Le gouvernement est plus coupable d'agréer un candidat peu recommandable que son prédécesseur de l'avoir présenté.

Il faut reconnaître que le plus souvent il est impossible de prévoir longtemps à l'avance certaines défaillances : « comment le vendeur pour-

rait-il être déclaré responsable des entraînements et des fautes de l'avenir chez un homme qui semblait réaliser toutes les conditions d'honorabilité et de capacité requises pour ses fonctions ? Imposer une telle responsabilité au cédant ce serait exiger de lui la divination des mystères de l'avenir et la prescience de tous les écarts de la liberté humaine » (1).

L'innocent est frappé plus sûrement que le coupable ; l'officier destitué profite dans tous les cas de l'indemnité versée, car elle diminue d'autant son passif ; seul le cédant est sacrifié, il ne touchera qu'une fraction dérisoire de cette valeur qui lui était dûe tout entière et qu'il avait mise dans le patrimoine de son successeur. Il portera tout le poids d'une faute qu'il n'a pas commise.

L'officier destitué pourra aussi s'entendre avec des compères qui produiront dans la procédure de distribution pour des créances mensongères et partageront avec lui le produit de leur vol.

Bien plus, on aboutit à cette conséquence « inadmissible au point de vue rationnel d'élargir le gage de la masse chirographaire par un don gratuit et de priver le créancier privilégié de sa garan-

(1) Rapport de la commission sur le projet Thézard. *Journal officiel* 1892. Documents parlementaires. Sénat, p. 19.

tie, alors que l'objet de cette garantie existe encore sous une forme nouvelle ». (Rapport au Sénat). Les créanciers chirographaires savent fort bien que la créance du cédant a un droit de priorité sur les leurs, et qu'ils ne peuvent venir qu'après lui ; est-il rationnel qu'une faute grave commise par le débiteur ait pour résultat d'augmenter leur gage ? Comment l'événement qui fait apparaître pour le cédant l'utilité du privilège est-il précisément la cause qui l'anéantit ? (1).

Pour ne pas avoir à destituer un officier ministériel digne d'intérêt quoiqu'il ait manqué à ses devoirs professionnels, le gouvernement lui enjoint parfois de donner sa démission pure et simple ; cette démission entraîne-t-elle la perte du privilège du cédant ?

Ceux qui admettent que le privilège subsiste même au cas de destitution ne sauraient *à fortiori* le lui refuser ici. — Mais la jurisprudence elle-même maintient le privilège ; elle interprète littéralement les termes de l'art. 91 de la loi de 1816 :

(1) A qui profitera, se demande COIN-DELISLE, la destruction du privilège ? « à ses créanciers chirographaires qui savaient que l'office était dû, qui avant de prêter pouvaient se faire justifier s'il était ou non payé ; dont la plupart ont été imprudents et dont les derniers sont presque toujours indignes de faveur, car la dernière ressource de l'homme qui se ruine a toujours été la bourse de l'usurier ». *Revue critique*, 1853, p. 460.

« Cette faculté n'aura pas lieu pour les titulaires destitués ». Et elle en conclut que tant qu'il n'y a pas destitution, le droit de présentation subsiste, car les textes qui prononcent des déchéances doivent être interprétés restrictivement ; le gouvernement stipule comme mandataire de l'officier démissionnaire et l'indemnité qu'il met à la charge de son successeur est un véritable prix de vente (1).

Il est interdit aux officiers ministériels de se livrer à des actes de commerce : les agents de change eux-mêmes ne peuvent pas en faire pour leur compte personnel (art. 85 à 87 du code de commerce). Mais l'officier qui au mépris des prohibitions légales a fait des opérations commerciales peut être déclaré en faillite.

La faillite aura-t-elle pour conséquence la perte du privilège du vendeur ? Remarquons qu'à raison de la théorie jurisprudentielle sur les effets de la destitution, l'intérêt de la question n'est pas aussi grand qu'on pourrait le supposer : quoique la destitution ne résulte pas de plein droit de la faillite, le gouvernement ne manquera de la faire prononcer contre le failli. Il faut supposer pour faire apparaître l'intérêt de la question le cas improbable où un officier ministériel déclaré en faillite ne serait pas destitué, ou celui-ci encore plus impro-

(1) Cass. 11 août 1865, D. 65, 1, 192.

bable où la jurisprudence cesserait d'attacher à la destitution l'extinction du privilège du cédant.

La question est tranchée depuis la loi du 23 mai 1838 par l'art. 550 Co. *in fine* : « Le privilège et le droit de revendication établis par le numéro 4 de l'art. 2102 du code civil, au profit du vendeur d'effets mobiliers, ne peuvent être exercés contre la faillite ».

On a pourtant soutenu que le privilège du cédant subsistait au cas de faillite : L'article 550 co. est étranger aux offices ; la cession d'un office est entourée d'une grande publicité et il est facile à quiconque de savoir avant de traiter avec un officier ministériel si le prix de la cession a été payé ou non ; les tiers ne peuvent pas se laisser induire en erreur par la solvabilité apparente du titulaire d'un office. Le cédant à son tour ne pouvait raisonnablement prévoir l'éventualité de la faillite de son successeur, puisque les actes de commerce lui sont interdits ; il supporte les conséquences d'une faute à laquelle il est absolument étranger. Au contraire ceux qui ont fait avec l'officier ministériel des actes de commerce sont coupables et ce sont eux justement qui comme créanciers chirographaires vont bénéficier de la faillite.

Que ces arguments aient en législation une grande valeur, nous ne le contesterons pas ; mais il s'agit pour nous d'appliquer la loi, non de la faire. Or, l'art. 550 co. est formel, il déclare

éteint au cas de faillite le privilège résultant de l'art. 2102.4° C. civ. et le privilège du cédant résulte de cet article. Le Code ne distingue pas entre les vendeurs d'offices et les vendeurs de tout autre espèce de meubles (1).

En résumé le cédant d'un office ministériel n'a comme garantie du paiement de son prix que le privilège de l'art. 2102.4° du Code civil, — et encore cette garantie est-elle bien précaire.

Le privilège s'évanouit au cas où l'office cédé a été l'objet de deux reventes successives ; il est perdu au cas de faillite et, d'après une jurisprudence constante, au cas de destitution du cessionnaire. Ajoutons que les principes du droit civil permettent au cessionnaire de céder l'indemnité qui lui sera payée par son successeur avant la nomination de celui-ci, et même avant qu'il ait cédé l'office.

L'efficacité du privilège du cédant dépend presque entièrement du bon vouloir du cessionnaire et de son successeur.

M. Thézard déposa en 1892 une proposition de loi ayant pour objet de rendre moins incertain le privilège : il proposait de l'admettre au cas de destitution et de faillite, et d'organiser une certaine publicité légale. Ce projet, combattu par

(1) Cass. 10 février 1857, D. 57. 1. 87.

M. Ricard, garde des sceaux, fut repoussé par le Sénat dans la séance du 8 mars 1892 ; le garde des sceaux estima qu'on ne devait pas diminuer dans l'intérêt du cédant, coupable somme toute d'avoir fait un mauvais choix, les garanties attribuées par la loi aux clients du cessionnaire. Nous avons déjà dit ce que nous pensions de cet argument.

Le privilège du vendeur se justifie en matière d'offices aussi bien qu'ailleurs. Le cédant sachant combien son privilège est fragile, hésitera avant de céder son étude à crédit ; toutes les mesures par lesquelles on diminuera son efficacité nuiront dans l'avenir au bon recrutement des officiers ministériels.

CHAPITRE IV

Des Contre-Lettres

I. — NULLITÉ DES CONTRE-LETTRES

Les efforts du gouvernement pour empêcher l'exagération du prix des offices ministériels ont été suivis depuis 1816 d'efforts parallèles des titulaires d'offices pour tourner ses prohibitions et conserver le moyen de débattre librement avec leurs successeurs les conditions de la cession. Du jour où le gouvernement a prétendu limiter le prix des offices et a refusé son agrément aux traités où ses prescriptions n'étaient pas observées, les parties n'ont pas manqué d'ajouter à l'acte ostensible transmis à la chancellerie un acte secret destiné généralement à élever le prix de la cession ou à introduire dans le contrat une clause prohibée.

Cet acte secret est une contre-lettre. MM. Aubry et Rau définissent la contre-lettre « un acte écrit destiné le plus souvent à rester secret, par lequel les signataires déclarent que les conventions ou déclarations consignées dans un acte

passé entre eux ne sont pas sérieuses ou qu'elles ont lieu sous certaines clauses et conditions qui ne sont pas énoncées dans cet acte, et rétractent ainsi ou modifient ces conventions ou déclarations ». (Aubry et Rau III, p. 263).

D'après l'art. 1321 civ. les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes ; elles n'ont pas d'effet contre les tiers. Entre les parties, les contre-lettres produisent les mêmes effets que les conventions apparentes, pourvu qu'elles réunissent les conditions de validité de tout contrat. Mais les tiers doivent pouvoir se fier à l'acte ostensible : l'acte occulte qui leur a été soigneusement caché ne doit pas avoir pour effet de leur nuire ; il ne leur est pas opposable, mais il est reconnu qu'ils peuvent s'ils y ont intérêt, s'en prévaloir et ils sont admis à en faire la preuve par tous les moyens ; par exemple les créanciers chirographaires d'un vendeur peuvent invoquer une contre-lettre qui constate une augmentation du prix et en exiger le paiement.

Dans les cessions d'offices, les contre-lettres sont d'un usage général ; il n'y a pas une seule transmission qui ne contienne une dérogation au traité ostensible.

Le gouvernement préoccupé à juste titre des inconvénients qu'avait l'exagération du prix des offices s'est opposé par tous les moyens en son pouvoir à la stipulation des contre-lettres ; après

avoir défendu de dépasser les bases fixées par lui, il s'efforça de sanctionner pratiquement cette interdiction.

Sous la monarchie de juillet, on avait imaginé de faire jurer à chaque officier ministériel au moment de son installation qu'il n'avait rien payé au delà du prix approuvé par la chancellerie. Les précédents historiques auraient dû mettre le gouvernement en garde contre l'efficacité d'un pareil procédé ; sous l'ancien régime, l'obligation pour les juges de « jurer n'avoir rien baillé, ni promis directement ou indirectement pour parvenir à leur office » n'avait pas arrêté le développement de la vénalité et Loyseau constate que « c'était une honte que les juges de France entrassent en leur office par un parjure solennel et que en l'acte de leur réception ils commissent une fausseté publique » (1).

Une circulaire du garde des sceaux en date du 5 février 1840, tout en recommandant d'en user avec discrétion, le prescrivait néanmoins : « Le serment des parties contractantes sur le prix réel a été exigé à diverses époques ; je ne saurais approuver comme règle générale ce mode de découvrir la vérité : il me paraît présenter plus d'inconvénients que d'avantages ; il faut le résér-

(1) LOYSEAU, livre 1, chap. 4, cité par PERRIQUET, *op. cit.*, p. 66.

ver pour certains cas exceptionnels, où la fraude envers les tiers serait cachée sous le chiffre ou sous les conditions ostensibles d'un traité dont les auteurs n'oseraient pas affirmer la sincérité par serment, et auxquels on éviterait ainsi soit le refus de l'institution royale, soit les suites fâcheuses d'une constatation judiciaire ; mais ces cas doivent être extrêmement rares » (1).

Une pétition des notaires de Metz en 1840 contre l'usage du serment donna lieu à un rapport favorable de la commission.

Imposer aux parties un pareil serment constitue de la part du gouvernement une mesure arbitraire et illégale. Dans une instance l'une des parties peut déférer le serment à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause (1357 civ.) ; mais il n'est pas admissible que le serment soit déféré par le gouvernement, qui n'étant pas partie dans l'instance n'a pas qualité pour cela.

La loi seule peut imposer le serment ; en dehors des cas qu'elle a prévus, le serment n'a aucune valeur légale et sa violation ne peut donner lieu à aucune poursuite.

Appliqué aux officiers ministériels, il n'a que des inconvénients ; « on les place entre leur intérêt privé et leur conscience, et on risque ainsi,

(1) Cité par PERRIQUET, p. 254.

soit de nécessiter des poursuites toujours fâcheuses, soit de placer, dès l'abord de leur carrière, toute d'honneur et de probité, ceux qui demandent à y entrer sous une suspicion qui ne serait pas de nature à leur donner des droits à l'estime et à la confiance de leurs concitoyens » (1).

Aujourd'hui la chancellerie tout en maintenant sa prétention d'exiger le serment dans des cas rares et graves, se contente en fait de l'affirmation expresse et écrite des deux contractants que les conventions arrêtées entre eux sont sincères et qu'elles n'ont été précédées ni suivies d'aucune contre-lettre. (Circulaire du 1^{er} mars 1890).

Cette précaution contre les exagérations de prix était illusoire ; une mesure plus radicale et plus conforme au but poursuivi était d'en faire prononcer la nullité même entre les parties.

La jurisprudence ne l'entendit pas ainsi au début ; elle déclara les contre-lettres parfaitement licites et valables, — et voici sur quels arguments elle s'appuyait.

La loi de 1816 permet à l'officier ministériel qui veut présenter un successeur de stipuler le prix de sa démission, et elle ne fait à ce sujet aucune réserve. Elle déclare seulement que les officiers ministériels « pourront présenter des successeurs à l'agrément de Sa Majesté, pourvu qu'ils réunis-

(1) Rapport de la commission, D. V^o *Office*, n^o 55, note 1.

sent les qualités exigées par les lois ». Or, que faut-il entendre par ces mots ? Tout simplement ceci, que le candidat à l'office doit réunir les conditions d'âge, de moralité, d'aptitude exigées par la loi ; mais aucune loi ne pose des conditions relatives au prix de l'office ; en l'absence d'un texte exprès, il faut appliquer « cette grande règle de droit, qui n'est écrite nulle part en termes formels, mais dont l'existence est certaine : tout ce qui n'est pas défendu par la loi est permis » (1). L'art. 91 ne veut pas permettre au titulaire d'un office de le céder à une personne incapable ou indigne, mais c'est là seulement ce qu'il signifie ; toute personne qui sollicite une fonction doit remplir les conditions d'aptitude requises. Le prix qu'elle mettra à l'acquisition de l'office est une question d'ordre purement privé, que les parties régleront entre elles ; le gouvernement n'a pas le droit de s'y immiscer ; il n'a qu'à contrôler comme pour les postulants à de tout autres fonctions publiques si celui qui les sollicite est ou non capable de les remplir.

La loi de 1816 n'a fait que faciliter la transmission d'une clientèle qui était antérieurement dans le commerce, en permettant au titulaire de l'office de faire nommer sans difficulté à la fonction un successeur de son choix. La cession de la clien-

(1) PLANIOL. *Traité élémentaire de droit civil*, 2^e édit. I, p. 116.

tèle n'est subordonnée par la loi à aucune condition particulière ; c'est seulement la nomination à la fonction qu'elle règle et comme aucun prix n'est stipulé pour la transmission de la fonction, le gouvernement n'a pas à intervenir.

En 1816, les offices étaient depuis longtemps transmis à prix d'argent par des conventions occultes que le gouvernement tolérait et sur lesquelles il n'avait aucun moyen de contrôle. Le législateur a d'autant moins voulu innover en faisant le gouvernement juge du prix de cession que l'art. 91 a été voté sans discussion et qu'à cette époque l'art. 1321 C. civ. existait depuis 12 ans : il savait par conséquent que les contre-lettres produisaient effet entre les parties contractantes. S'il avait voulu les prohiber et les annuler même entre les parties, il l'aurait dit ; il se serait réservé en termes exprès le droit de contrôle sur le prix ; son silence ne peut être interprété que comme l'affirmation de sa volonté de soumettre au droit commun la cession des offices (1).

N'est-ce pas une contradiction flagrante que de permettre aux officiers ministériels de transmettre

(1) Rem. également qu'avant la loi du 25 juin 1841, les cessions d'offices d'agents de change n'étaient même pas soumises à la rédaction d'un écrit ; le gouvernement ne pouvait pas dans ces conditions contrôler de quelque manière que ce fût le prix ou les conditions de la cession.

leur charge à prix d'argent et de leur interdire ensuite de fixer eux-mêmes ce prix ? Donner au gouvernement le droit de le limiter, n'est-ce pas lui donner le moyen de s'opposer à la stipulation d'un prix quelconque ? N'est-ce pas nier le droit de propriété des officiers ministériels ?

Quant à l'argument tiré de ce que diverses circulaires ministérielles proscrivent les contre-lettres, il suffira pour le réfuter de faire observer que les circulaires ministérielles sont de simples instructions données par les ministres aux fonctionnaires placés sous leurs ordres ; elles n'ont aucune valeur légale, aucune force obligatoire pour les tribunaux, ni pour les citoyens.

Ajoutons enfin que la loi du 25 juin 1841 (art. 11) frappe d'un triple droit d'enregistrement les contre-lettres relatives aux cessions d'offices : n'est-ce pas les reconnaître valables, puisqu'il est de jurisprudence constante en matière fiscale que les conventions nulles dès l'origine de leur formation ne donnent lieu à l'application d'aucun droit d'enregistrement ?

La jurisprudence admit d'abord la validité des contre-lettres : le cessionnaire avait été complice de la fraude et elle rejetait sa prétention en s'appuyant sur la maxime : *nemo auditur...* La Cour de Grenoble (16 décembre 1837. S. 38. 2. 489) jugea que « la loi de 1816 en autorisant les titulaires d'offices à présenter leur successeurs à l'agré-

ment du roi, les avait autorisés implicitement à vendre les offices comme indemnité du supplément de cautionnement que cette loi leur imposait ; aucune loi ne fixe le taux auquel les offices peuvent être vendus ; si bien des circulaires administratives enjoignent aux magistrats du parquet de surveiller les marchés de cette nature, ces circulaires ne peuvent, ainsi que l'a décidé la Cour de cassation, être considérées que comme instructives et nullement prohibitives ».

Cette jurisprudence se maintint jusqu'en 1840 ; mais à cette époque de nombreuses déconfitures d'officiers ministériels (principalement des notaires) commencèrent à émouvoir l'opinion. En 1830, M. Sapey, dans un rapport à la Chambre des députés, se référait presque exclusivement au droit commun, tandis qu'en 1840, M. Carl faisait la part plus grande aux considérations d'ordre public : la législation n'avait pourtant pas changé dans l'intervalle. Cela témoigne de l'influence qu'eurent sur l'état des esprits les désastres financiers de cette période et de l'impression qu'ils durent faire sur la magistrature.

Depuis cette époque, la nullité des contre-lettres est reconnue sans hésitation par les tribunaux qui la regardent suivant le mot de M. Perriquet comme un *axiome juridique*.

La jurisprudence ne manque pas de bonnes raisons pour justifier sa solution.

L'ordre public est intéressé à la nullité des contre-lettres. Il faut remarquer en effet que les officiers ministériels ont dans la gestion de leur office une situation spéciale qui ne permet pas d'assimiler leur clientèle à celle d'un commerçant : ils ont une sorte de monopole, au moins dans les localités qui ne possèdent qu'un notaire, qu'un huissier. . etc., et leur ministère est très souvent obligatoire pour les particuliers. Il importe à l'ordre public que les officiers ministériels présentent toutes les garanties désirables pour la sécurité des particuliers qui seront forcés de recourir à eux. Or, l'officier qui a payé de son office un prix exagéré sera fatalement entraîné à chercher dans des actes illicites le moyen de récupérer les capitaux qu'il aura engagés : il sera poussé à s'écarter des règles d'une rigoureuse délicatesse, à se lancer dans des spéculations hasardeuses qui pourront compromettre sa fortune et celle de ses clients.

Le postulant subira toujours les conditions imposées par son prédécesseur ; celui-ci fera la loi et se montrera très exigeant, sachant bien « qu'il est des courages, des illusions obstinées que n'arrêtent pas les plus effrayantes réalités » (1).

La solvabilité d'un officier ministériel importe

(1) Conclusions de l'Avocat général Delangle : Cass. 7 juillet 1841. S. 41. I. 373.

autant à l'ordre public que sa moralité et sa capacité : le vertige qui s'empare d'un homme entraîné vers la ruine aura vite fait de détruire en lui le sens moral.

Le gouvernement a le droit de s'assurer si toutes les conditions requises sont réunies par le titulaire : il faut bien lui permettre de statuer en connaissance de cause. Reconnaître la validité des contre-lettres c'est l'obliger à donner son agrément sans savoir ce qu'il fait.

Toute contre-lettre blesse l'ordre public et doit être déclarée nulle par application des articles 6 et 1131 C. civ ; cela résulte de l'esprit de la loi de 1816 et des principes généraux du droit.

L'argument tiré de la loi du 25 juin 1841 ne saurait modifier notre opinion : le droit en sus dont cette loi frappe les contre-lettres est perçu à titre d'amende et dû même au cas de nullité de la convention.

Un arrêt de la Chambre des requêtes du 7 juillet 1841 prononça la nullité des contre-lettres, conformément aux conclusions de l'avocat général Delangle. Elle base sa décision sur ce que « avant d'accorder la nomination, il est sans contredit conforme au texte et à l'esprit de la loi du 28 avril 1816 que le gouvernement connaisse les conventions passées entre les parties, afin de s'assurer si, soit par l'exagération du prix, soit pour toute autre cause, elles ne renferment pas

des stipulations contraires à l'ordre public ; qu'il suit de là que le prix fixé par le traité soumis au gouvernement et qui a motivé sa détermination, demeure irrévocablement fixé et ne pourrait, sans blesser l'intérêt public, être altéré par une contre-lettre ».

Plus récemment, la Chambre civile (1) a jugé que la transmission des offices ministériels étant soumise à l'approbation du gouvernement ne peut avoir lieu sous d'autres conditions que celles exprimées dans l'acte écrit produit à l'appui de la demande en nomination du cessionnaire ; cette production ayant pour objet d'éclairer le gouvernement sur les graves intérêts qu'il lui appartient de surveiller au nom de l'ordre public, toutes conventions antérieures ou postérieures à la production de cet acte et qui ont pour résultat d'en modifier les clauses... sont frappées d'une nullité absolue ».

D'autres arrêts dont les plus récents sont ceux de Paris, 29 novembre 1899, D. 03. 2. 197. Cass. 28 janvier 1898, D. 98. 1. 409. Dijon, 3 avril 1900, D. 1902. 2. 41, considèrent la nullité des contre-lettres comme un principe indiscutable et ne prennent pas la peine de le justifier.

La doctrine se prononce presque unanimement

(1) Cass. 5 août 1885, D. 86. 1. 67.

en faveur de la jurisprudence. M. Machavoine (1) admet pourtant la validité des contre-lettres ; son argumentation est très spacieuse et très forte. Il proteste contre l'abus que l'on fait de la notion d'ordre public ; il estime que la jurisprudence n'a qu'à appliquer les lois telles qu'elles sont, pour si regrettables que soient leurs conséquences ; c'est au législateur de réformer les lois et non à la magistrature. Il refuse de considérer le prix de la cession comme une *qualité du titulaire*.

II. CONVENTIONS CONSIDÉRÉES COMME CONTRE-LETTRES

Une jurisprudence draconienne considère comme contre-lettres et annule à ce titre toutes les conventions quelles qu'elles soient qui ont pour but de déroger au traité ostensible soumis à la chancellerie.

Le point de départ de la jurisprudence a été que toute convention secrète augmentant les charges imposées au nouveau titulaire d'un office, risque de l'entraîner à des opérations que la stricte délicatesse condamne ; aussi la considère-t-on comme contraire à l'ordre public.

Il est aisé de comprendre que toutes les conventions secrètes arrêtées entre les parties ne

(1) MACHAVOINE. *Des contre-lettres en matière de cession d'offices*, Paris, 1902.

seront pas forcément contraires à l'ordre public, par exemple celles qui diminueront les charges imposées au nouvel officier. Quel texte permettra de les annuler ?

Ce fut au début le sentiment de la jurisprudence ; elle ne statua que dans des cas rentrant dans le cadre que nous venons de déterminer. Ainsi un arrêt de la Cour de Bourges du 5 janvier 1850 avait décidé que la contre-lettre ne doit pas être déclarée nulle, lorsqu'elle n'a pas porté la valeur de l'office au delà de sa valeur réelle ; c'était raisonnable ; le droit de contrôle des tribunaux sur le prix de la cession n'a plus de raison d'être dès que l'ordre public n'est plus intéressé ; on doit laisser les parties libres de débattre les conventions qui concernent exclusivement des intérêts privés (1).

Il faut aussi annuler toutes les conventions secrètes déguisées sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux.

La Cour de Nancy a déclaré nulle la convention secrète par laquelle le titulaire d'un office de

(1) Bourges, 5 janvier 1850, D. 52, 2, 38. Cette solution n'a pas été admise par la Cour de cass. ; elle a jugé que les contre-lettres sont nulles, parce qu'elles empêchent le gouvernement de connaître les véritables conditions de la cession et de décider en connaissance de cause. Le gouvernement seul, et non les tribunaux, a le droit d'apprécier si le prix d'un office est ou non raisonnable.

notaire vend à son futur successeur ensemble et cumulativement sans aucune ventilation son office et sa maison d'habitation au prix-fixe et invariable de 70.000 francs, parce que ne spécifiant pas le prix de vente de la maison et la réduisant à n'être que la différence entre le prix que les parties assignent à l'office et le même prix tel que le fixera la chancellerie, elle n'est qu'un moyen pour les contractants de régler à leur gré le prix de l'office en dehors du contrôle du gouvernement (1).

Est nulle encore la promesse de payer une somme en sus du prix porté au traité ostensible sous le prétexte de rémunérer le cédant du temps qu'il promet de consacrer à la direction de l'étude (2).

Le cédant retarde à la demande de son cessionnaire la date de la cession de son office, afin de lui permettre d'atteindre l'âge voulu ou de réunir les conditions requises pour acquérir l'office ; il stipule de lui pour le dédommager de ce retard une certaine somme. Faut-il considérer cette promesse comme contre-lettre ? On peut soutenir sa validité, car cette somme n'a pas été promise comme supplément du prix accepté par le gouvernement, mais bien pour dédommager le cédant

(1) Nancy, 12 mai 1864, D. 64, 2, 176.

(2) Cass. 10 Décembre 1878, D. 79, 1, 8.

des risques qu'il a courus en remettant à plus tard la cession et des ennuis que cela a pu lui causer. La Cour de Bastia la déclara licite ; mais la Cour suprême cassa cet arrêt : quel que soit le motif qui a déterminé le cédant à exiger du cessionnaire pour la cession qu'il lui a faite une somme supérieure à celle stipulée au traité, cette somme n'en constitue pas moins un supplément de prix, qui indûment payé doit être restitué (1).

La Cour de Nancy a annulé la clause pénale stipulée en dehors du traité de cession d'un office pour le cas où dans un certain délai le cessionnaire serait dans l'impossibilité d'entrer en possession ou le cédant de l'y mettre. Dans l'espèce le cédant savait son cessionnaire atteint d'une maladie à laquelle il devait fatalement succomber dans un très bref délai (2).

La clause pénale doit être déclarée nulle toutes les fois qu'elle impose au cessionnaire l'obligation d'entrer en possession de l'office à une date déterminée alors qu'il ne dépend pas seulement de lui, mais surtout de la chancellerie que son installation ait lieu à l'époque fixée ; le cessionnaire ne peut entrer en possession faute de l'agrément du

(1) Cass. 13 juillet 1885, D. 86, 1, 263.

(2) Nancy, 27 février 1875, D. 75, 2, 214.

gouvernement ; il ne saurait être rendu responsable d'un fait qui ne lui est pas personnel (1148 C. civ.).

Mais nous avons déjà dit(1) que le cessionnaire qui refuse de faire les démarches nécessaires pour obtenir sa nomination s'expose à une condamnation à des dommages-intérêts, de même que le cédant qui met obstacle à la nomination du cessionnaire ; pourquoi empêcherait-on les parties en prévision de ce cas de stipuler une clause pénale ? Elle n'imposera pas aux parties une obligation nouvelle : elle ne fera que déterminer le *quantum* des dommages-intérêts. En quoi est-il contraire à l'ordre public d'assurer par une clause pénale l'exécution d'un traité parfaitement licite ?

La Cour d'Orléans n'en a pas admis la validité, prétendant que « les conditions du traité de cession relatives soit au prix et à ses éléments divers, soit à l'obligation imposée au cessionnaire sous la contrainte d'une clause pénale de se présenter comme successeur à une époque préfixe plus ou moins éloignée, doivent être portées à la connaissance de l'autorité compétente et ne peuvent faire l'objet de stipulations occultes » (2).

Un moyen indirect d'arriver à l'élévation du prix

(1) *Suprà*, p. 110.

(2) Orléans, 25 janvier 1854, D. 55, 2, 100.

de l'office consiste à stipuler dans le traité ostensible un prix unique pour l'office et les recouvrements tandis que dans une contre-lettre le cessionnaire abandonne les recouvrements à son prédécesseur sans diminution du prix. Il faut reconnaître avec la jurisprudence la nullité de ces traités ; on aboutit à augmenter le prix de l'office d'une somme égale à la valeur des recouvrements. — Mais alors la nullité doit-elle s'appliquer à la fois à l'acte de rétrocession des recouvrements et à l'augmentation de prix ou bien seulement à l'augmentation de prix ? La Cour d'Orléans avait admis la validité de la contre-lettre en tant qu'elle rétrocédait au cédant les recouvrements : les recouvrements constituent une propriété distincte de l'office ; le gouvernement n'a pas à intervenir dans leur transmission, les parties peuvent faire à leur sujet les conventions qu'il leur plaît, pourvu qu'il n'en résulte pas une augmentation indirecte du prix de l'office, et alors c'est seulement cette augmentation de prix qui doit être annulée. La Cour de cassation n'en a pas décidé ainsi : les stipulations relatives aux recouvrements des débets d'un officier sont des conditions essentielles du traité de cession, puisqu'elles sont un des éléments du prix de l'office ; et dès lors elles ne doivent pas être séparées du traité ; ces stipulations deviennent des clauses d'intérêt public que l'autorité doit prendre en considération : il suit de là que tout traité secret contenant

des clauses de cette nature différentes de celles du traité ostensible et tendant à augmenter le prix de l'office ne doit produire aucun effet, soit à l'égard de l'autorité, soit à l'égard des parties (1).

Mais si les recouvrements cédés avec l'office pour un prix fixé dans le traité ostensible ont été rétrocédés au cédant pour le même prix, cette contre-lettre est-elle valable? — Si l'évaluation des recouvrements est exacte (et il y a tout lieu de le supposer puisqu'elle a été soumise au gouvernement et approuvée par lui), cette contre-lettre ne modifie en rien la situation respective des parties ; elle ne porte que sur la vente d'une valeur qui est à leur libre disposition : c'est un acte qui ne concerne que les intérêts privés des contractants. Un arrêt de la Cour de Paris qui l'avait déclaré valable, fut cassé : « toutes les clauses d'une cession d'office sont indivisibles ; leur ensemble constitue le contrat soumis à la sanction du gouvernement ; le traité qui supprime ou modifie l'une de ces clauses ne peut avoir d'autre objet que de surprendre la religion du gouvernement ou de porter atteinte aux droits des tiers et à ce double point de vue, il est radicalement nul comme contraire, soit aux lois et règlements d'ordre public, soit aux principes du droit privé » (2).

(1) Orléans, 11 fév. 1847, D. 47. 3. 130. — Cass. 21 mai 1851, D. 51. 1. 164.

(2) Cass. 22 février 1853, D. 53. 1. 41.

La jurisprudence déclare donc nulles toutes les contre-lettres qui aboutissent de façon directe ou indirecte à l'augmentation du prix porté au traité ostensible. Elle hésita d'abord à frapper de nullité les contre-lettres relatives à des clauses accessoires, modifiant les détails d'exécution du contrat, par exemple la contre-lettre fixant pour l'entrée en jouissance une date autre que celle convenue dans le traité soumis à la chancellerie ; une modification dans l'époque de l'entrée en jouissance peut déterminer une variation du prix. Il faut que le gouvernement en ait connaissance (1).

On annule encore parmi les clauses accessoires :

1° La clause par laquelle le cessionnaire promet de fournir au cédant un supplément de garanties pour le paiement du prix, au cas où celles qui sont mentionnées dans l'acte public seraient reconnues insuffisantes (Poitiers, 12 décembre 1882, D. 83, 2, 101).

2° La clause modifiant la date du paiement.

3° La clause permettant au cessionnaire de faire vérifier par des officiers ministériels l'état des produits (Bourges, 27 janv. 1843, D. 43, 2, 188).

4° L'engagement pris par un notaire nommé au chef-lieu de l'arrondissement de ne pas instrumenter dans le canton où est situé l'office qu'il vient

(1) Cass. 8 janvier 1849, D. 49. 1. 31.

de céder et de partager avec son cessionnaire les honoraires des actes qu'il serait obligé de recevoir. Un notaire est tenu de prêter son ministère toutes les fois qu'il en est requis ; l'engagement qu'il prend de ne pas instrumenter dans son ressort est illicite.

L'arrêt précité du 22 février 1853 n'admet pas qu'on distingue entre le cas où les contre-lettres auraient pour effet de diminuer le prix ostensible et celui où elles l'augmenteraient, parce que cette distinction arbitraire et dangereuse n'enlèverait pas à la surélévation du prix son caractère d'illégalité, abstraction faite du but direct ou indirect de cette surélévation.

La jurisprudence devait fatalement en arriver à cette solution du jour où elle admit que le gouvernement seul a le droit d'apprécier le prix de cession, et annula les contre-lettres alors même qu'elles n'auraient pour résultat que d'élever le prix de cession à la valeur réelle de l'office. Mais elle nous paraît avoir singulièrement oublié son point de départ : en quoi l'ordre public est-il lésé parce qu'un officier ministériel démissionnaire et qui n'aura plus désormais aucun rapport avec son ancienne clientèle aura tiré de son office un prix inférieur à sa valeur ? En quoi est-il intéressé à l'augmentation des charges qui vont grever le nouveau titulaire ? On en cherche vainement le motif. Comment même supposer que le gouverne-

ment qui a approuvé un prix de 100.000 francs aurait refusé de nommer le postulant qui n'aurait promis que 80.000 francs ?

La Cour de cassation se borne à dire que la position des parties au moment de la nomination ne serait plus celle qui a été appréciée par le gouvernement et qui a déterminé son appréciation.

On peut dans l'état actuel de la jurisprudence poser en principe qu'est nulle toute stipulation qui n'a pas été portée à la connaissance du gouvernement. La Cour d'Orléans est allée jusqu'à dire que l'autorité supérieure est partie principale et nécessaire dans un pareil contrat. (Orléans, 31 mars 1855, D. 55, 2, 225.)

III. --- EFFETS DE LA NULLITÉ DES CONTRE-LETTRES

L'art. 1131 C. civ. dispose que « l'obligation sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet ». Le cessionnaire qui refusera de payer le supplément de prix stipulé dans une contre-lettre ne pourra pas y être contraint.

Mais le cessionnaire qui, s'étant considéré comme tenu d'une dette d'honneur, a volontairement payé le montant de la contre-lettre, pourra-t-il plus tard agir en répétition contre son cédant ? Ne pourra-t-on pas lui opposer l'art. 1235 C. civ. : « la répétition n'est pas admise à l'égard des obli-

gations naturelles qui ont été volontairement acquittées ? »

La question est délicate et a été résolue de diverses façons par les auteurs et la jurisprudence.

La Cour de Paris jugea en 1840 « que les engagements contractés par suite de ces accords secrets, en admettant qu'ils ne produisent pas une obligation parfaite, constituent au moins une obligation naturelle dont le paiement volontairement opéré, comme dans l'espèce, ne peut donner lieu à répétition » (1).

Devant la Cour de Rouen, M. l'avocat général Rouland soutient la même doctrine : « dès qu'on est forcé d'admettre la réalité des obligations naturelles, la légalité de leur exécution et de reconnaître de plus que ces obligations appartiennent exclusivement au for intérieur, la difficulté de leur appréciation ne prouve rien contre la légitimité de leur existence.... Au reste toute critique est impuissante devant le texte de l'art. 1235 C. civ. qui admet l'obligation naturelle, et ne la définissant pas l'abandonne à la conscience des tribunaux. Dans l'espèce cette obligation existe parce que le cessionnaire a signé le traité secret et promis d'en payer le prix et parce qu'il a reçu une chose appréciable en échange, parce qu'il a libre-

(1) Paris, 31 janvier 1840, D. 40. 2 96 cité par PERRIQUET, p. 262.

ment discuté et conclu la convention et que la bonne foi et l'honneur exigent l'accomplissement d'engagements qui ont fait passer dans ses mains la propriété d'autrui » (1). L'avocat général continue en distinguant parmi les lois d'ordre public « celles qui sont l'expression de la morale éternelle et qui étaient écrites dans la conscience avant de l'être dans nos codes ; elles ne sauraient se rencontrer en lutte avec des obligations naturelles. Là il est vrai de dire d'une manière absolue qu'il n'y a pas de droit contre le droit, qu'il n'y a pas de devoir individuel à opposer au devoir public ». Les autres lois d'ordre public tiennent à des causes accidentelles, à des motifs variables ; « les inspirations spontanées ou réfléchies de la conscience humaine n'ont aucun rapport avec ces lois purement constitutionnelles, arbitraires, qui s'établissent ou s'abrogent au gré des circonstances ; ce qu'elles prohibent n'est pas nécessairement illicite ou immoral en soi ; l'obligation de conscience ou d'honneur peut donc exister en présence des dispositions qui lui refusent la sanction du droit civil, et si elle a été exécutée, tout est irrévocablement consommé ».

La Cour de Rouen se rangea à ces conclusions : le cessionnaire qui a pu se déterminer à payer par

(1) Conclusions ROULAND. D. Rép. V^o *Office*, p. 161.

devoir de conscience une dette à laquelle il n'était tenu par aucun lien civil ne peut être admis à répéter un prix volontairement versé pour acquitter une obligation naturelle (1). — Les parties ayant convenu que le prix du traité secret serait payé avant celui du traité ostensible, la Cour de Rouen refusa d'imputer le paiement effectué sur la dette portée au traité officiel (2).

Cet arrêt fut cassé le 30 juillet 1844 par la Cour suprême, qui refusa d'admettre que les contre-lettres mettent une obligation naturelle à la charge du débiteur et lui permit d'agir en répétition des sommes payées. Depuis lors, la jurisprudence malgré quelques hésitations s'en est tenue à cette théorie.

La première jurisprudence s'appuyait sur deux arguments :

1° La contre-lettre donne naissance à une obligation naturelle.

2° La maxime *nemo auditur*.... s'oppose à la répétition.

1° La contre-lettre stipulée lors d'une cession d'office donne-t-elle naissance à une obligation naturelle ? La question doit être généralisée et ainsi posée : une convention illicite et contraire

(1) Rouen, 18 février 1842, D. *eodem loco*.

(2) Dans le même sens : Cass. 30 juin 1844, S. 44. 1. 582.

à l'ordre public peut-elle engendrer une obligation naturelle ?

Le Code civil ne contient pas une théorie générale de l'obligation naturelle ; le seul texte où il en soit question est l'art. 1235 C. civ. qui se borne à en indiquer les effets, sans en déterminer les sources. Il n'est pas douteux que l'obligation annulable donne naissance à une obligation naturelle qui empêche la répétition ; mais la nullité qui frappe les contre-lettres est une nullité d'ordre public ; peut-elle avoir ce même résultat d'engendrer une obligation naturelle ?

Pothier définit l'obligation naturelle « celle qui dans le for de l'honneur et de la conscience oblige celui qui l'a contractée à l'accomplissement de ce qui y est contenu ». Il cite comme exemple l'obligation contractée par une femme mariée non autorisée. Il range aussi parmi les obligations naturelles « celles pour lesquelles la loi dénie l'action par rapport à la cause dont elles procèdent et « celles qui naissent d'une cause improuvée par les lois », et il cite comme exemple une dette de cabaret (1). Donat sans définir l'obligation naturelle en donne des exemples : l'obligation contractée par un mineur, une femme mariée.

Les travaux préparatoires du Code civil ne nous

(1) POTHIER. *Traité des Obligations*, n° 173.

fournissent pas d'arguments très décisifs. Les expressions de ses rédacteurs sont assez générales et on pourrait croire qu'ils reconnaissent qu'une obligation naturelle peut résulter d'une convention nulle comme contraire à l'ordre public. Bigot-Préameneu (1) considère comme obligations naturelles, « celles qui par des motifs particuliers sont considérées comme nulles par la loi civile ». Mais ils ne donnent comme exemple que des conventions annulables et le tribun Favard, rapporteur au Tribunat, dit que la « cause illicite est aux yeux de la loi comme si elle n'existait pas ».

Le Code civil dans l'art. 1967 C. civ. paraît admettre qu'une obligation atteinte d'une nullité absolue peut engendrer une dette naturelle. La loi considère les dettes de jeu comme ayant une cause immorale et cependant l'art. 1967 prohibe la répétition des sommes volontairement payées à la suite de dettes de jeu. On répond que l'art. 1967 civ. a précisément voulu déroger au principe de l'art. 1133 C. civ. parce que ses auteurs ont considéré les dettes de jeu comme des dettes d'honneur : l'exception confirme la règle. La dette née du jeu a-t-elle d'ailleurs une cause illicite ? Le jeu est un contrat aléatoire, où la situation des deux parties est égale : seuls ses

(1) FENET, XIII, p. 263.

abus peuvent être considérés comme une mauvaise chose ; c'est à raison de cette possibilité que la loi dénie toute action au gagnant.

Il est inadmissible qu'une convention contraire à l'ordre public puisse donner naissance à une obligation naturelle. « Aucun des effets attachés à l'obligation naturelle, disent Aubry et Rau (1), ne saurait être attribué à des engagements résultant de conventions prohibées par des motifs d'ordre public, bien qu'ils aient été contractés librement et en pleine connaissance de cause... L'art. 1235 ne se réfère évidemment pas aux obligations naturelles frappées de réprobation par le droit positif, et la loi civile ne pourrait sans se mettre en contradiction avec elle-même leur accorder un effet quelconque, fût-ce le simple bénéfice d'une exception contre l'action en répétition de sommes payées en vertu de pareilles obligations ».

L'art. 1131 C. civil, dispose que l'obligation illicite ne peut avoir aucun effet ; cet article est formel et ce serait le violer que de permettre au cédant de garder ce qui a été payé en vertu d'une convention frappée de nullité absolue. Comment peut-on admettre que la loi considérant une convention comme nuisible donne le moyen d'en

(1) AUBRY et RAU, IV, p. 10.

perpétuer les effets ? (1). Ces résultats seront d'autant plus dangereux qu'en fait le montant de la contre-lettre est toujours payé immédiatement ; si on refuse au *solvens* l'action en répétition, la prohibition des contre-lettres devient un principe dépourvu de portée pratique.

L'art. 1376 C. civil permet aussi bien que l'art. 1131 l'exercice de l'action en répétition. « Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu ». Or en l'absence de cause licite, il n'y a pas de dette (1108 civ.) ; donc celui qui a reçu le paiement d'une dette ayant une cause illicite est tenu de restituer.

2° Une autre objection a longtemps arrêté la jurisprudence : on a prétendu que dans notre droit il fallait appliquer la maxime romaine : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, qui aboutit à refuser l'action en justice à celui qui a contracté une obligation immorale ou illicite si l'obligation est immorale de son côté. Les deux parties sont en faute d'avoir pris part à une stipulation illicite : il faut refuser l'action en paiement mais une fois le paiement volontairement effectué, le *solvens* ne doit pas pouvoir répéter : *in pari causa melior est conditio possidentis*.

(1) Voy. la note de M. CHARMONT sous Poitiers 28 nov. 1896 P. 98. 2. 1, et les notes de M. MEYNIAL dans S. 90. 2. 97 et S. 91. 2. 89.

La maxime : *nemo auditur* était à Rome une conséquence des principes généraux du droit, de cette technique juridique qui n'a pas pénétré dans notre législation : en droit romain peu importait que l'obligation ait une juste cause ou que la cause en vue de laquelle le débiteur s'était obligé se fût réalisée ; le débiteur était obligé *verbis* ; les *verba* déterminaient seules l'étendue de l'obligation. Le prêteur considéra ce résultat du droit strict comme trop contraire à l'équité et finit par accorder au plaideur digne d'intérêt soit une *exceptio* pour se soustraire à l'exécution du contrat, soit une *condictio* pour réclamer ce qu'il avait payé en vertu d'une obligation sans cause ou sur cause illicite. Mais ce ne fut là qu'un simple correctif d'équité, une dérogation à la rigueur du droit, une faveur dont le plaideur devait se montrer digne : le prêteur lui refusait l'*exceptio* ou la *condictio* quand la *turpis causa* existait de son côté.

Il y a aujourd'hui d'autres principes à la base de notre droit : le recours aux tribunaux n'est plus considéré comme une faveur : la juste cause est une condition essentielle à la validité d'un contrat. En l'absence de cause la convention est nulle et ne peut produire aucun effet, sans qu'on ait à se demander si celui qui invoque la nullité est digne d'intérêt.

Les contre-lettres sont nulles de nullité absolue et ne peuvent donner au cédant le droit de récla-

mer ce qui a été promis ni de garder ce qui a été payé.

La jurisprudence a adopté depuis quelques années la théorie que nous venons d'exposer ; elle permet à celui qui a payé en vertu d'une cause immorale ou illicite de répéter les sommes qu'il a versées (1). Mais ce n'est que peu à peu et en procédant d'abord par solutions d'espèces qu'elle en arriva à rejeter l'application de la règle : *nemo auditur...*

Un arrêt de la Chambre des requêtes du 1^{er} août 1844 (2) avait admis la répétition en disant que « la faute n'est pas égale entre le postulant et le titulaire, puisque c'est lui fonctionnaire public, ayant en cette qualité des devoirs plus étroits qui a fait subir la loi d'un prix exagéré au postulant ».

Deux jours avant, la Chambre civile avait admis elle aussi l'action en répétition : « s'il est vrai que les traités secrets ne peuvent produire d'obligation civile entre les contractants, il doit être également vrai qu'ils ne sauraient engendrer une obligation naturelle dont la puissance serait de les soustraire à la prohibition de la loi ; pour admettre en effet que le paiement volontairement fait en exécution

(1) Poitiers, 28 décembre 1896, P. 98, 2, 1, et la note de M. CHARMONT. Caen, 18 janv 1888, S. 90, 2, 97 et la note de M. MEYNIAL.

(2) Req. 1^{er} août 1844, S. 1844, 1, 587.

d'une semblable obligation naturelle ne peut être répété, il faudrait nécessairement s'étayer de l'art. 1235 civ., c'est-à-dire d'une disposition textuelle du droit, mais alors on serait conduit à la choquante inconséquence de supposer que le droit civil qui prohibe le contrat se prêterait en même temps à en protéger l'exécution » (1).

C'est à partir de 1885 que la jurisprudence de la Cour de cassation rejetta formellement la maxime : *nemo auditur*... et la déclara contraire à nos lois. (Cass. 11 fév. 1884. S. 84, 1, 265. — Cass. 21 jan. 1887, S. 87, 1, 224. — Cass. 13 juillet 1885, S. 86, 1, 206).

La Cour de Poitiers (28 déc. 1896 précité) juge que « cette maxime n'est nulle part écrite dans nos lois ; les art. 1131 et 1235 C. civ. seraient manifestement violés si ce qui a été reçu ensuite d'une convention illicite pouvait être conservé et si celui qui a stipulé un salaire pour un acte contraire à la loi devait rester en possession de ce salaire ; on ne saurait admettre que le législateur ait par une inconséquence étrange, en même temps qu'il déclarait nulle l'obligation illicite, interdit à l'un des contractants de solliciter la restitution du prix indûment payé ».

(1) Cass. 30 juillet 1844, S. 44, 1, 582. — Paris, 24 février 1845, D. 45, 2, 71. — Agen, 4 fév. 1852, D. 52, 2, 390. — Cass. 5 mars 1872, S. 72, 1, 134. — Cass. 15 déc. 73, S. 74, 1, 241.

La jurisprudence ne rejette pas absolument dans tous les cas l'application de la maxime romaine. Un arrêt assez récent de la Chambre des requêtes refuse d'accorder l'action en répétition (il s'agissait en l'espèce de la vente d'une maison de tolérance), en se fondant sur ce motif que « toute convention dont la cause est contraire aux bonnes mœurs ne peut avoir aucun effet et que chacune des parties contractantes a pris une part égale à cette convention » (1).

La jurisprudence, hésitante en d'autres matières, est unanime à accorder l'action en répétition au cessionnaire d'un office qui a payé le montant du prix stipulé dans une contre-lettre. On se demande comment les tribunaux qui acceptent le principe romain ont pu en accordant la répétition au cessionnaire d'un office consacrer une aussi notable exception à la règle qu'ils venaient de poser. On invoque les nécessités de l'ordre public et M. Dubois a donné à cette idée le développement que voici : « en admettant une exception pareille dans tous les cas où la même nécessité sera démontrée tout en maintenant comme règle générale que la turpitude commune empêche la répétition, on conciliera comme il convient les

(1) Req. 1^{er} avril 1895. D. 95 1. 263. Voy. aussi Req. 4 juillet 1892. S. 92. 1. 513 et 8 juin 1891. D. 92 1. 157. --
Contra, Poitiers précité et Besançon, 6 Mars 1895, D. 96. 2. 221.

exigences de l'intérêt public avec celles de la raison et du droit » (1).

Le meilleur moyen de faire respecter l'ordre public n'est-il pas d'annuler dans tous les cas les conventions illicites et de sanctionner cette nullité en leur refusant tout effet ? Le système qui n'accorde l'action en répétition que dans les cas où il paraît équitable de le faire est purement arbitraire.

La nullité absolue des contre-lettres empêche le cédant de réclamer le prix stipulé et permet au cessionnaire de répéter ce qu'il aurait volontairement payé. Pourra-t-il répéter aussi les intérêts de ce capital et à partir de quelle époque ?

D'après l'art. 1353 C. civ. les intérêts moratoires ne sont dus que du jour de la sommation de payer excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit. Sommes-nous dans un de ces cas ?

Oui, d'après la jurisprudence : le cédant doit restituer les intérêts depuis le jour même où il a reçu paiement du capital stipulé dans la contre-lettre (2).

« Le simple possesseur (549 civ.) ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi ; dans le cas contraire, il est tenu de rendre

(1) DUBOIS note sous Cass. 15 déc. 1873. S. 74. 1. 242.

(2) Bourges, 18 nov. 1890. D. 92. 2. 21. — Nancy, 27 janv. 1894. D. 95. 2. 93.

les produits avec la chose. . ». Le cédant d'un office ne doit, d'après ce principe, faire siens les intérêts du prix qu'il a reçu que s'il est de bonne foi ; est-il de bonne foi ? Non, car la perception des intérêts, dit la Cour de Nancy, a eu lieu en fraude d'une loi d'ordre public et dans des circonstances par elles-mêmes exclusives de la bonne foi (1). Une convention frappée par la loi de nullité ne doit produire aucun effet, et ce serait lui en attribuer un que de permettre au cédant de s'enrichir de l'intérêt des sommes indûment payées (2).

La jurisprudence a poussé jusqu'à l'extrême les conséquences de son système : si le prix stipulé dans la contre-lettre était payable à terme et que le cessionnaire ait payé à son prédécesseur les intérêts de ce prix, ceux-ci sont considérés du jour de leur paiement comme d'autres capitaux portant intérêt à leur tour par application de l'art. 1378 C. civ. (3). Le cédant devra restituer ces intérêts et les intérêts de ces intérêts.

La prescription quinquennale de l'art. 2277 C. civ. ne court pas contre les intérêts ; la Cour de cassation n'a jamais hésité à décider qu'elle ne s'applique pas aux intérêts dus en vertu de l'art.

(1) Nancy, 27 janv. 1894. D. 95. 2. 93.

(2) AUBRY et RAU, IV, p. 744 et note 19.

(3) Cass. 8 juin 1864. D. 64. 1. 273. — Cass. 19 février 1856. D. 56. 1. 103.

1378, et de façon plus générale qu'elle ne court pas contre le créancier qui n'est pas en faute de n'avoir pas exigé les intérêts (1).

Ces solutions sont rigoureuses mais absolument légales.

L'héritier du cédant ne pourra pas se prévaloir de sa bonne foi personnelle : « l'héritier du titulaire qui a cédé son office ne fait pas par exception les fruits siens, disent MM. Aubry et Rau, parce qu'il s'est formé entre le demandeur et le défunt un quasi-contrat, en vertu duquel ce dernier ayant reçu de mauvaise foi une somme qui ne lui était pas due se trouve soumis à l'obligation de la restituer avec intérêts, obligation qui comme tout engagement du défunt doit passer à ses héritiers avec toutes ses conséquences » (2). Les héritiers sont tenus de payer les dettes de la succession et parmi ces dettes il faut ranger les engagements nés des quasi-contrats de leur auteur.

Si l'héritier a lui-même reçu de bonne foi le paiement du capital stipulé dans la contre-lettre, devra-t-il restituer les intérêts? — Il semble que non, la mauvaise foi ne se présument pas; l'héri-

(3) Cass. 28 mai 1856, D. 57, 1, 377. — Req. 11 mars 1896, D. 97, I. 405.

(2) AUBRY et RAU II. § 206 note 20. Cass. 22 nov. 1853, D. 54, S. 525. Cass. 8 juin 1864, D. 64, 1, 273. — Req. 10 juin 1857, D. 58, 1, 117.

tier est alors tenu au remboursement du paiement indû qui lui a été fait en vertu d'un quasi-contrat qui lui est personnel, — et c'est sa bonne ou sa mauvaise foi qui doit être prise en considération. La Cour de Paris par un arrêt très mal motivé condamne néanmoins les héritiers au remboursement des intérêts (1).

La nullité absolue des contre-lettres a d'autres conséquences :

La contre-lettre ne peut servir de base à une novation ; la novation suppose une obligation préexistante ; or la contre-lettre ne donne même pas naissance à une obligation naturelle (2).

Le cautionnement (2102 civ.) ne peut exister que sur une obligation valable ; la créance résultant d'une contre-lettre ne peut servir de base à un cautionnement ; l'art. 2036 dispose que « la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette » (3).

Le cessionnaire qui a payé le prix stipulé dans le traité secret ne peut faire remise au cédant de la dette née de ce paiement ; il pourra toujours

(1) Paris, 14 janvier, 1865, D. 65. 2. 108.

(2) Rennes, 9 avril, 1851, D. 53. 2. 208 --- Cass. 10 mai 1854 D. 54. 1. 219.

(3) Lyon, 21 janvier, 1847. D. 47. 2. 230 --- Cass. 18 mars 95, D. 95. 1. 347.

répéter ce prix bien qu'il ait déclaré renoncer à toute espèce de réclamation à l'occasion du traité ; la convention qui a pour but d'assurer pour l'avenir le maintien des effets d'un pacte illicite est entachée du même vice que le pacte lui-même (1).

Le cédant débiteur du cessionnaire à raison d'une dette quelconque ne peut lui opposer la compensation de ce que celui-ci lui doit en vertu d'une contre-lettre. — Au contraire, s'il est devenu débiteur de son cessionnaire à raison du paiement fait par celui-ci du prix stipulé dans une contre-lettre, il peut se voir opposer la compensation avec ce qui lui est dû par le cessionnaire ; opposée dans de pareilles conditions, la compensation loin d'impliquer l'exécution de la convention illicite en suppose au contraire l'annulation (2).

Il faut aussi déclarer nulles les transactions intervenues au sujet des contre-lettres ; on ne peut transiger sur des conventions contraires à l'ordre public. En matière de contre-lettres, la transaction aboutirait à la renonciation partielle à l'action en nullité, c'est-à-dire à l'exécution partielle de l'obligation (3).

(1) Rouen, 26 décembre 1850. D. 51. 2. 84.

(2) Req. 30 janvier 1860 D. 60. 1. 306.

(3) Cass. 18 décembre 1893. D. 94. 1. 64.

La nullité de la contre-lettre pourra être invoquée par tout intéressé.

Le cessionnaire d'abord peut répéter le prix qu'il a payé ou qui a été payé par un tiers pour son compte ; si le tiers qui a payé a agi dans le but de gratifier le cessionnaire et sans y avoir été obligé par une convention antérieure intervenue entre lui et le cessionnaire, c'est lui seul qui peut répéter (1).

Au même titre que le cessionnaire pourront répéter tous les ayants-cause universels ou à titre universel : héritiers, légataires. Les créanciers pourront *a fortiori* invoquer la nullité, car ils sont des tiers au sens de l'art. 1321 civ. et les contre-lettres ne leur sont jamais opposables. Le même principe permettrait aux créanciers du cédant d'invoquer la nullité d'une contre-lettre diminuant le prix ostensible.

Le ministère public peut agir d'office toutes les fois que l'ordre public est intéressé ; il faut lui reconnaître le droit de faire prononcer la nullité des contre-lettres (2).

La nullité d'une contre-lettre peut être invoquée contre tout cédant, fût-il mineur, sauf dans ce cas son recours contre son tuteur : les nullités

(1) Cass. 20 juillet 1868. D. 68,1, 372.

(2) Req. 25 mai 1869. D. 69, 1, 413. — Chambéry, 7 février 1885. D. 85, 2, 241. — D. Rép. V^o *Office*, n^o 219.

d'ordre public sont opposables à tous, et les mineurs pas plus que les majeurs ne peuvent se prévaloir d'un acte prohibé par la loi (1).

Elle peut être invoquée évidemment contre ses héritiers : ceux-ci seront comptables du capital versé et des intérêts de ce capital courus jusqu'au jour du décès de leur auteur, puisqu'ils succèdent à toutes les obligations de ce dernier. La jurisprudence décide même qu'ils devront les intérêts courus après le jour de son décès. Cette décision nous paraît contraire aux principes : l'héritier fait les fruits siens s'il est lui-même de bonne foi, c'est-à-dire s'il possède en vertu d'un titre de propriété dont il ignore les vices. Il ne devra les intérêts que du jour où il saura que son auteur avait perçu une somme en vertu d'une contre-lettre.

La nullité de la contre-lettre pourra encore être opposée au cessionnaire du prix : le cessionnaire d'une créance ne peut avoir plus de droits que le cédant lui-même ; celui-ci ne peut céder que ses droits contre son débiteur. Si la créance est nulle, la cession qu'il en a faite n'a pas d'objet, et le nouveau titulaire de l'office peut opposer la nullité de son obligation au cessionnaire du prix. Ces considérations ont amené la jurisprudence à per-

(1) Cass., 28 mai 56. D. 56, 1, 377.

mettre au cessionnaire de l'office d'opposer la nullité même quand le cessionnaire est de bonne foi ; l'ayant-cause ne peut avoir plus de droits que son auteur (1). Cette jurisprudence est critiquée par M. Perriquet : « le cessionnaire de l'office est seul reprochable et l'ordre public ne peut exiger qu'il s'enrichisse aux dépens d'un tiers de bonne foi qui n'est pas en faute » (2).

Le nouveau titulaire de l'office ne pourra pas opposer la nullité de la contre-lettre au cessionnaire du prix ostensible de l'office, si la cession de ce prix a été faite avant le paiement du prix secret : le paiement fait en vertu de la contre-lettre n'est pas opposable aux tiers (1321 civ.) (3). La Chambre des requêtes a jugé que l'acquéreur d'un office ne peut compenser avec le prix porté au traité ostensible la créance résultant à son profit des paiements qu'il a indûment faits au vendeur en vertu d'une contre-lettre, lorsque ce prix a été transporté par le vendeur à un cessionnaire de bonne foi, même depuis les paiements opposés en compensation ; ici s'applique le principe que les contre-lettres n'ont pas d'effet contre les tiers

(1) Cass. 2 mai 1853, D. 53, 1, 144. — Trib. Angoulême sous Bordeaux, 5 nov. 1863, D. 64, 2, 31.

(2) PERRIQUET, *op. cit.* p. 286.

(3) Bourges, 5 juin 1852, D. 54, 2, 125. --- Req. 12 déc. 1859, D. 60, 1, 92.

(1290, 1295, 1321 civ.), et il en est ainsi surtout dans le cas où l'acquéreur de l'office n'a fait lors de la signification du transport aucune réserve de son droit de compensation et a opéré dans la suite entre les mains du cessionnaire ou de ses ayants-cause différents paiements tant sur le capital que sur les intérêts de la somme cédée qu'il reconnaissait par là même devoir dans son intégralité (1).

Bien que le nom de contre-lettre donné au traité secret qui accompagne la cession d'un office évoque l'idée d'un acte écrit, en fait les parties se gardent bien de conserver la preuve littérale de leurs conventions : cet écrit serait nul et ne leur donnerait aucune garantie. La somme stipulée en sus du prix ostensible est presque toujours remise par le cessionnaire au cédant de la main à la main, sans qu'il reste aucune trace du paiement effectué.

Est-ce à dire que le cessionnaire ne pourra jamais répéter le prix qu'il a payé faute de pouvoir le prouver ? La jurisprudence a toujours admis que le paiement fait en vertu d'une contre-lettre pourrait être prouvé par tous les moyens , par témoins et par présomptions : « il ne peut être au pouvoir des parties, dit la Cour de Lyon, de consolider la fraude qu'elles auraient commise et d'empêcher qu'elle ne soit réprimée ; là se trouve une excep-

(1) Lyon, 17 nov. 1848, D. 49, 2, 164.

tion à la prohibition de l'art. 1341 civ., exception justifiée par les art. 1348 et 1353 C. civ. ». Toute fraude à la loi peut être prouvée par témoins et présomptions. La preuve pourra être faite par présomptions pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes (1353 civ.) (1).

Nous n'avons parlé que de la preuve du paiement fait en exécution de la contre-lettre ; quant à la preuve de la contre-lettre, nous estimons qu'elle ne saurait être faite par aucun moyen et même par écrit. Qu'importe qu'une convention soit prouvée alors qu'elle ne peut produire aucun effet ? C'est ce qu'a jugé la Cour de Poitiers (2).

L'action en nullité d'une contre-lettre ne peut être couverte ni par l'exécution volontaire de la convention, ni par la novation, ni par la remise de la dette née du paiement du prix secret. Les deux seules fins de non recevoir opposables à cette action sont la prescription trentenaire et l'autorité de la chose jugée.

Nous disons d'abord : la prescription trentenaire. On a pourtant soutenu que cette action devait s'éteindre par la prescription de 10 ans de l'art. 1304 civ. Cette opinion est communément repoussée : la prescription décennale est fondée

(1) Cass. 21 mars 98. P. 98. 1. 133. Cass. 24 fév. 63. D. 63. 1. 236.

(2) Poitiers, 12 déc. 82. D. 83. 2. 101.

sur une idée de confirmation, de ratification tacite ; elle ne s'applique pas aux contrats qui comme les contre-lettres en matière d'offices sont frappés de nullité absolue et ne peuvent être ni confirmés, ni ratifiés. On ne peut confirmer ce qui est censé n'avoir jamais existé.

Le cédant qui aura reçu paiement du prix secret sera exposé pendant trente ans à l'action en répétition de la part de son successeur et de ses ayants-droit : c'est le résultat de l'art. 2262 qui a fixé au maximum de 30 ans la durée des actions qui n'ont pas été limitées à un temps plus court par une disposition particulière : la loi présume qu'au bout de 30 ans le créancier qui n'a pas agi a été désintéressé.

La nullité de la contre-lettre pourra être opposée indéfiniment par voie d'exception conformément à la maxime : *quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* (1).

La seconde fin de non-recevoir est l'autorité de la chose jugée ; rien ne peut prévaloir contre la présomption légale : *res judicata pro veritate habetur*. La Cour de Bourges en a donné la raison : quels que soient les motifs non d'intérêt privé mais d'ordre public qui militent pour qu'en aucun cas les traités secrets en matière d'offices ne puissent avoir aucun effet, cette grave considération ne

(1) Paris, 26 mai 1845. D. 45. 4. 370.

doit pas entraîner à altérer l'autorité de la chose jugée, à faire décider qu'après s'être volontairement et sans entente collusoire laissé condamner pour cette cause, on soit reçu à revenir longtemps après devant le juge et à lui demander de briser non de prétendus actes illicites, mais ses propres jugements, ce qui est bien différent (1).

Il suffit pour que l'action en nullité ne soit plus recevable que les conditions ordinaires requises pour qu'il y ait autorité de la chose jugée soient réunies : 1^o identité d'objet ; 2^o identité de cause ; 3^o identité de personne et de qualité (1351 civ).

Le cessionnaire qui s'est laissé condamner à payer au cédant une somme fixée par une transaction intervenue entre eux sur le prix secret sans opposer la nullité de cette transaction, ne sera pas fondé à répéter les sommes qu'il aura payées à son cédant (Bourges, précité).

Le cédant de l'office a obtenu sans contestation collocation pour la totalité du prix de l'office sur l'indemnité mise à la charge du successeur nommé au cessionnaire destitué ; il y a encore autorité de la chose jugée, qui écarte l'action en répétition (2).

L'obligation de payer le supplément de prix a été dissimulée sous l'apparence d'un prêt et la

(1) Bourges, 7 mai 1861, D. 62. 2. 112.

(2) Paris, 19 juin 1846. D. 47. 2. 7.

créance ainsi constatée a été cédée à un tiers de bonne foi ; celui-ci actionne le débiteur, c'est-à-dire le cessionnaire de l'office et obtient condamnation et paiement de sa créance. — Le cessionnaire de l'office pourra-t-il répéter contre son vendeur le supplément de prix payé par lui ? Oui, car le jugement obtenu par le cessionnaire de la créance ne fait pas obstacle à la répétition, quoique passé en force de chose jugée ; il n'y a ni identité de cause, ni identité de parties (1).

Action disciplinaire. — La nullité des contre-lettres n'est pas la seule sanction attachée à leur prohibition : la faute commise par les officiers ministériels qui ont participé au traité secret peut entraîner l'application de peines disciplinaires. Des circulaires ministérielles ont recommandé à plusieurs reprises aux membres du ministère public de provoquer devant les tribunaux la destitution des officiers qui se seront rendus coupables de ces dissimulations ; l'officier ministériel qui débute dans ses fonctions par une fraude à la loi manque au premier de ses devoirs (2).

On a objecté qu'il n'est pas légalement possible de punir un officier ministériel pour un acte

(1) Cass. 8 juin 1864, D. 64, 1, 273.

(2) Dijon, 19 juillet 50, D. 50, 1, 325. -- Req. 6 nov. 50, D. 50, 1, 325.

accompli avant son entrée en fonctions ; la Chambre des requêtes a répondu que cette fraude se trouve néanmoins consommée par la nomination elle-même et est réputée se continuer pendant tout le temps de l'exercice des fonctions dont le cessionnaire s'est ainsi fait investir par surprise (1).

Le ministère public exercera l'action disciplinaire devant le tribunal dans le ressort duquel se trouve l'office. La peine prononcée ira de la censure simple à la destitution suivant le degré de gravité de la faute.

Le cédant ne pourra presque jamais être poursuivi, parce qu'il aura cessé d'être officier ministériel ; mais ce n'est là qu'un obstacle de fait aux poursuites. Il serait passible des mêmes peines disciplinaires que le cessionnaire si après avoir cédé son office il en avait acquis un autre. Le fait par un officier ministériel d'insister auprès des aspirants qui veulent acquérir son office pour qu'ils consentent à dissimuler une partie du prix le rend passible de peines disciplinaires, bien que ses propositions n'aient pas abouti.

Il est fort à craindre que la sanction disciplinaire de la prohibition des contre-lettres n'aille à l'encontre du but poursuivi ; elle est inefficace

(1) Req. 6 nov. 1850, précité.

pour empêcher les parties de stipuler un prix supérieur au prix ostensible ; l'expérience l'a bien montré. La menace de la destitution qu'elle fait peser sur la tête du cessionnaire a pour seul résultat de l'empêcher d'en refuser le paiement ou d'agir en répétition tant qu'il reste en fonctions.

CONCLUSION

La propriété des offices ministériels n'est pas une des institutions les moins curieuses de notre législation : la réunion sur une même chose de deux qualités en apparence incompatibles, droit de propriété privée, fonction publique, donne aux offices une physionomie absolument originale.

Cette dualité de caractères entraîne tant au point de vue du fond que de la compétence l'application de règles qui varient suivant le point de vue d'où on les considère.

Le contrat intervenu entre le cédant et le cessionnaire relativement à la clientèle, aux recouvrements, minutes, etc., est un véritable contrat de vente sous condition suspensive régi par les principes du droit civil ; toutes les difficultés qui naîtront entre les parties sur tous ces points (garantie, exagération des produits, privilège, action en nullité des contre-lettres, etc.), seront de la compétence des tribunaux judiciaires.

Au contraire les questions relatives à la transmission de la fonction publique comprise dans l'office seront de la compétence administrative ; le

Conseil d'Etat connaîtra de la validité des nominations ou des refus de nomination, des destitutions, suspensions, etc.

Au point de vue de fond, nous avons constaté que les deux caractères opposés de l'office mettent en présence des principes souvent contradictoires et qu'il n'est pas facile de concilier.

La jurisprudence a appliqué aux cessions d'offices les règles du droit civil ; quand ces règles se sont trouvées en conflit avec les principes de droit applicables à la fonction, elle les a écartées au nom de l'ordre public. Cette solution était la seule possible, mais elle est peu satisfaisante : « les considérations d'ordre public ne sont rien autre chose qu'une provocation à l'arbitraire. C'est aux grands pouvoirs de l'Etat à organiser et à compléter les lois suivant les circonstances ». (Conclusions de l'avocat général Rouland D. 42. 2. 121).

Il aurait fallu une loi spéciale pour régler une situation juridique que le code n'a pu prévoir et à laquelle ses solutions s'appliquent fort mal ; le législateur de 1816 l'a compris ; il a annoncé cette loi mais il ne l'a point faite.

Le droit d'agréer le candidat présenté reconnu au gouvernement est encore venu compliquer les choses : le droit de refuser tout candidat qui ne leur plairait pas pour quelque motif que ce soit, a amené les divers Ministres de la justice à poser des règles suivant lesquelles ils donnent ou refusent leur agrément : il s'est formé ainsi en dehors de la loi, à côté d'elle et quelquefois contre elle une réglementation dépourvue de toute valeur légale, mais dont le respect s'impose néanmoins aux candidats qui sollicitent leur nomination.

La jurisprudence a trop aveuglément obéi à ces circulaires ; elles les a trop souvent considérées comme la loi même, au lieu de s'en tenir à la rigoureuse application des textes et des principes du droit.

Vu :

Le Président de la Thèse,
J. CHARMONT.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,
VIGIÉ.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Montpellier, le 26 janvier 1906.

Pour le Recteur,

Le Vice-Président du Conseil de l'Université,
E. MASSOL.

BIBLIOGRAPHIE

- AMIAUD. — *Formulaire du notariat*, V^o Office.
- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 4^e édit.
- BATAILLARD. — *Du droit de propriété et de transmission des offices*.
- BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. — *Des obligations*.
- BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES. — *Des privilèges et hypothèques*.
- CHARMONT. — *Examen doctrinal dans la Revue critique* 1904, p. 463.
- CHARMONT. — *Note dans les Pandectes françaises*, 1898, 2, 1.
- COHENDY. — *Note dans D*, 1892, 2, 17.
- DALLOZ. — *Répertoire alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*. V^o Office, Privilège.
- DALLOZ. — *Supplément au Répertoire*.
- DEMOLOMBE. — *Traité de droit civil*.
- DURAND. — *Des Offices*.
- DUSSERT. — *De la cession à titre onéreux des Offices ministériels*.
- DUVERGIER. — *Revue française et étrangère*, 1840.
- FROGER. — *Des contre-lettres en matière de cession d'offices*.
- FUZIER - HERMANN. — *Répertoire général alphabétique de droit français*.
- FOUCART. — *Contrats relatifs aux offices ministériels*.
- GARSONNET. — *Traité de procédure*.
- GÉRARDIN. — *Transmission des offices ministériels*.
- GENREAU. — *Revue critique*, 1853, p. 724.
- GLASSON. — *Note dans D*, 04, 2, 265.

- GREFFIER. — *Des cessions et suppressions d'offices.*
- GUILLOUARD. — *Traité du contrat de mariage.*
- HAURIU. — *Note dans S. 97, 3, 97.*
- HERVÉ. — *De la nature juridique des offices.*
- JANOT. — *Privilège du cédant d'un office ministériel.*
- LABBÉ. — *Note dans S. 81, 1, 49.*
- LAFERRIÈRE. — *Décrets de suppression, Revue critique, 1873, p. 692.*
- LAFERRIÈRE. — *Traité de la juridiction administrative, tome 1.*
- LEMÉNAGER. — *Cession à titre onéreux des offices ministériels.*
- LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de droit commercial.*
- MACHAVOINE. — *Des contre-lettres en matière de cessions d'offices.*
- MEYNIAL. — *Notes dans S. 90, 2, 97 et S. 91, 2, 89.*
- MOREAU. — *Note dans S. 64, 1, 161.*
- MOURLON. — *Examen du commentaire de M. Troplong sur les privilèges.*
- PANDECTES FRANÇAISES. — *V^o Offices. Privilèges*
- PERRIQUET. — *Traité théorique et pratique de la propriété et de la transmission des offices ministériels.*
- PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil.*
- TALON. — *Des contre-lettres.*
- TOULEMON. — *Du droit de propriété des Officiers ministériels.*
- TROPLONG. — *Du contrat de société.*
- VALETTE. — *Traité des privilèges et hypothèques.*
- WAHL. — *Note dans S. 96, 2, 186.*

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	1

PREMIÈRE PARTIE

De la nature des offices et de ses conséquences

CHAPITRE I. — Analyse du droit de l'officier ministériel sur sa charge.....	5
CHAPITRE II. — Conséquences de la nature complexe de l'office	20
<i>Section I.</i> — Destitution.....	21
§ 1. — Ses conditions.....	21
§ 2. — Ses effets	25
<i>Section II.</i> — Démission pure et simple (volontaire ou forcée)	32
<i>Section III.</i> — Suspension.....	34
<i>Section IV.</i> — Changements de résidence et modifications dans les attributions des officiers ministériels.....	34
<i>Section V.</i> — Insaisissabilité des offices.....	36
<i>Section VI.</i> — Mise en société des offices.....	38
§ 1. — Prohibition de la société.....	38
§ 2. — Exception relative aux agents de change	41
§ 3. — Conséquences de la nullité des sociétés.....	44
§ 4. — Communauté.....	45

DEUXIÈME PARTIE

De la Cession des offices

CHAPITRE. I. — Nature du contrat de cession.....	51
CHAPITRE II. — Conditions de validité de la cession.	
<i>Section I.</i> — Qui peut céder un office ?	60
§ 1. — Titulaire.....	60
§ 2. — Héritiers.....	62
§ 3. — Créanciers.....	69
§ 4. — Associés.....	72
<i>Section II.</i> — Consentement et capacité.....	74
<i>Section III.</i> — Formes de la cession.....	79
<i>Section IV.</i> — Objet de la cession.....	82
CHAPITRE III. — Effets de la cession.....	
<i>Section I.</i> — Obligations du cédant.....	87
§ 1. — Délivrance.....	87
§ 2. — Garantie.....	92
<i>Section II.</i> — Obligations du cessionnaire....	
§ 1. — Obligation de se faire nommer.....	110
§ 2. — Paiement du prix.....	114
§ 3. — Privilège du cédant.....	130
CHAPITRE IV. — Contre-lettres.....	
§ 1. — Nullité des contre-lettres.....	159
§ 2. — Conventions considérées comme contre-lettres.....	171
§ 3. — Conséquences de la nullité.....	180
CONCLUSION.....	207
BIBLIOGRAPHIE.....	211

